

Zur Dogmatik des § 616 BGB.

**Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts - und Staatswissenschaftliche Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms - Universität**

Münster

vorgelegt von

Bruno Schwegmann

aus Berlin-Dahlem

1962

Zur Dogmatik des § 616 BGB.

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Westfälischen
Wilhelms Universität **Münster**

vorgelegt von Bruno Schwegmann
aus Berlin-Dahlem
1962



1. Berichterstatter: Prof.Dr., Hefermehl
2. Berichterstatter: Prof.Dr. Fikentscher
3. Dekan: Prof.Dr. Lukes
4. Tag der mündlichen Prüfung: 19.Mai 1962

G l i e d e r u n g

Seite

Einleitung	1
Erster Teil	
Geschichtliche Entwicklung der Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung	3
A) <u>Rechtssystem des Altertums</u>	
I) Sklavenarbeit und Selbstvermietung	4
II) Das Römische Recht	5
1) Kaufähnliches System von Leistung und Gegenleistung	
2) Die Digesten zum Fall der unverschuldeten Arbeitsverhinderung	6
III) Das Gemeine Recht	7
IV) Die Entwicklung im alten deutschen Recht	7
1) Der freie Gefolgschaftsvertrag	8
2) Unfreie Dienstleistung	9
B) <u>Dienstrechtsverhältnisse im deutschen Mittelalter</u>	
I) Fürsorge, Unterhalt und Lohn	10
II) Die Grundgedanken der Lohnfortzahlung:	
1) im Zunftwesen	11
2) bei Schiffer- und Bergarbeiterverträgen	12
3) im Gesinderecht	13
C) <u>Die Entwicklung der modernen Bestimmungen</u>	
I) Artikel 60 ADHGB	15
II) Artikel 341 Abs. 1 des schweizerischen Obligationenrechts	16

II

III)	Das Arbeiterschutzgesetz vom 1.6.1891, § 90 a prBergG, § 1154 b ABGB	16
IV)	Vorarbeiten zu § 616 BGB	17
D)	<u>§ 616 BGB in der Sicht der Motive</u>	
I)	Deutschrechtliches Gedankengut	18
II)	Der Schutzgedanke.	19
III)	Ausnahmeregelung.	
	1) Weitere konstruktive Anhaltspunkte: die "unbedeutende Verhinderung"	20
	2) Vorarbeiten der I. Kommission: der Sinn des Vertrages	
	3) Rechtsprechung des ROHG: Leistung und Gegenleistung als Ganzes	21
	4) Zusammenfassung	22

Zweiter Teil

	Dogmatische Erfassung des § 616 BGB	23
--	-------------------------------------	----

A)	<u>Lohnfortzahlung im Rahmen des gegensei- tigen Vertrages (Entgeltgedanke)</u>	
I)	Kann die Lohnfortzahlung als arbeitsrecht- licher Grundsatz vom BGB gelöst werden?	
	1) BGB und Arbeitsvertrag	24
	2) § 323 BGB und Arbeitsvertrag	25
	3) Rechtsprechung des BAG	26
II)	Arbeitsvertrag als gegenseitiger Vertrag	
	1) Das Wesen des synallagma: konditio- nale Verknüpfung der Leistungen	27
	2) Das arbeitsrechtliche synallagma	
	a) Gegenseitigkeit und Austausch	30
	b) Kein reines Austauschverhältnis	31
	c) Lohnzahlungs- und Arbeitspflicht	32
III)	Die rechtliche Abhängigkeit von Lohnzah- lungspflicht und Arbeitspflicht	
	1) Genetisches und funktionelles synallagma	33
	2) §§ 275, 323 BGB	33
	3) Folgerungen	34
IV)	Der Widerspruch zwischen §§ 616 und 323 BGB nach ihrem Wortlaut	
	1) Lösungsversuche	34

III

2) Die Funktionsweise der §§ 323 und 616 BGB	35
3) § 616 verdrängt § 323 BGB	36
4) Eingriff in das synallagmatische Prinzip?	
a) Genetisches synallagma besteht	37
b) Funktionelles synallagma bei völligem und bei nur teilweisem Fortfall der Leistungspflicht	37
c) Das synallagma ermöglicht beide Rechtsfolgen, § 323 Abs.1 zweiter Halbsatz und § 616 Abs.1 BGB	41
5) Der Begriff der verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit; das Äquivalenzprinzip	42
B) <u>§ 616 Abs.1 im Gesamtsystem des BGB (Ausnahmevorschrift, Schutzgedanke)</u>	43
I) Keine Systemsplaltung im BGB (Erbler)	44
II) § 616 ist keine Ausnahmevorschrift	
1) lex specialis und ius singulare	45
2) § 323 BGB enthält für den teilweisen Fortfall der Leistungspflicht kein allgemeines Rechtsprinzip	46
3) Treu und Glauben als koordinierender Gesichtspunkt	47
4) Die Bedeutung der allgemeinen Vorschriften im BGB	48
5) Der Anwendungsbereich	49
III) § 616 ist keine soziale Schutzvorschrift	
1) Die Abdingbarkeit der §§ 616 und 323	50
2) Regel- und Zwangsrecht (v.Blume)	51
3) § 616 und die Vertragsfreiheit	52
C) <u>§ 616 BGB und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers</u>	53
I) Keine Gleichsetzung von Fürsorgepflicht und Lohnzahlungspflicht (Taube)	54
II) Die Unterscheidung im BGB:	54
1) bei § 617	55
2) bei § 619	55
3) bei § 629	56
4) beim Verschuldensmaßstab in § 616	58
III) Konkurrenz von Lohnprinzip und Fürsorgepflicht im Zusammenhang mit der Rechtsgrundlage der Fürsorgepflicht:	59
1) als schuldrechtliche Nebenpflicht	59

IV

2)	aus Rechtsanalogie	59
3)	aus Rechtsnormen außerhalb der BGB Dogmatik,	
a)	Sozialstaatsgedanke	60
b)	Schutzprinzip (Bulla)	60
c)	"immanentes Wesen" des Arbeitsvertrages	61
4)	Treu und Glauben im Arbeitsvertrag	
a)	reine Schutzpflicht	62
b)	volle Fürsorgepflicht entspricht dem Wesen des Arbeitsvertrages	63
IV)	§ 616 BGB und die Funktionsweise des § 242 BGB	
1)	Fürsorgepflicht als ergänzende Hauptpflicht nach der Rechtsprechung und § 616 BGB	64
2)	Drei Funktionsschemen des § 242	64
3)	Fürsorgepflicht und § 242 BGB	65
4)	Fürsorgepflicht und Lohnfortzahlung	65
D)	<u>Lohnfortzahlung nach § 616 BGB und das Wesen des Arbeitsvertrages</u>	67
I)	Risikoverteilung im Arbeitsvertrag	
1)	Die Vergütungsgefahr bei Stoll und Potthoff	67
2)	Das Gefahrtragungsprinzip nach Potthoff	67
II)	Die Natur der Arbeitsleistung	69
1)	Die "Ware Arbeitskraft"	69
2)	Schwächen gehören zum Wesen der menschlichen Arbeit	70
3)	Prinzip der Selbstverantwortung, Äquivalenzprinzip und Natur der Arbeitsleistung	71
4)	Die rechtliche Folgerung	72
5)	Wesensgemäße Regelung und Prinzip der Vertragsfreiheit bei § 616 BGB	73
III)	Die Rechtsnatur des Arbeitslohnes	74
1)	Lohn und Unterhalt	74
2)	Der "status-Gedanke"	75
a)	Das "im Dienst stehen" (Molitor)	
b)	Der "status" (Siebert)	75
c)	Lohn als personbezogene Leistung	76
3)	Der Dienstberuf im Sinne des ROHG	77
E)	<u>Lohnfortzahlung und Sozialversicherung</u>	78
I)	Lohnfortzahlung als Entschädigung	
1)	§ 616 BGB als Schadensersatzregel	78
2)	Der Entschädigungsgedanke in der heutigen Literatur	79
3)	Anlehnung an Versorgungsleistungen	80

II)	Lohnfortzahlung als Versorgung	
	1) Die Theorie Siegs	81
	2) Der Versorgungsgedanke in der Rechtsprechung	81
	3) Versorgungsgedanke und Gesetz	82
III)	Das Zusammenspiel der §§ 189 RVO und 616 BGB widerspricht dem Versorgungsgedanken	82
	1) Der Bereich des § 616 Abs.2 BGB	82
	2) Trennung von Lohn und Versorgung in § 616 Abs.1	83
	3) § 189 Abs.1 RVO	84
	4) Der Begriff des Arbeitsentgelts für §§ 160, 189 RVO	84
	5) Die rechtliche Behandlung der Ansprüche aus § 616 BGB in der Sozialversicherung, Lohnsteuer und Volkswirtschaft	86
IV)	Die Entstehungsgeschichte des § 616 Abs.2 BGB	87
	1) Übergang von Versorgungslasten?	
	2) Die Notverordnungen	88
	3) Keine Verlagerung von Lasten:	
	a) vom BGB aus	89
	b) wirtschaftlich durch § 189 Abs.1 RVO?	89
	c) Die Beitragskürzung	90
	d) Die Risikoverteilung	91
	4) Der Zweck der Reformen, die Entlastung der Krankenkassen	
	a) Keine Neuverteilung von Lasten, sondern Sparcharakter	92
	b) c) Entbehrlichkeit der Leistung nach § 189 RVO	93
	d) Sparerfolg und Kürzung der Beiträge	93
	5) Keine Belastung der Arbeitgeber, sondern Entzug einer ungerechtfertigten Besserstellung	94
	6) Unabdingbarkeit des Abs.2 aus heterogenen Gründen	95
V)	Keine inhaltliche Gleichordnung von Leistungen der Sozialversicherung und Lohnfortzahlung	96
	1) Konkurrenzfrage in der Entstehungsgeschichte des § 616 BGB	96
	2) Das Wesen der Sozialversicherung	97
	a) Rechtliche Selbständigkeit der Sozialversicherung	98
	b) Die Sozialversicherung als mittelbare Lohnregulierung	98
	3) Sicherungskreise und Subsidiarität	101

Dritter Teil

Reformfragen

105

A)	<u>Vorschläge zur Reform des § 616 BGB</u>	
I)	Gleichstellung der Arbeiter und Ange- stellten	105
II)	Unabdingbarkeit des § 616 Abs.1 und Beitragskürzung	105
III)	Erhöhung des Krankengeldes	106
IV)	Die "gespaltene Lösung" des Gesetzes zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheits- falle vom 26. Juni 1957	106
B)	<u>Das Gesetz vom 26. Juni 1957 im Verhältnis zur Lohnfortzahlung nach § 616 Abs. 1 BGB</u>	
I)	Der Rechtscharakter der Zuschußzahlung	
	1) Sozialrechtliche Belastung	107
	2) Fürsorgepflicht und Zuschuß	108
	3) Problematik der Regelung	109
II)	Konkurrenz mit § 616 BGB	
	1) Die verschiedenen Auffassungen	109
	2) Kumulative Geltung der beiden Regelungen wegen § 189 Abs. 1 RVO	110
	3) Der kodifikatorische Charakter der Neuregelung	111
	4) Keine Anhaltspunkte für den Aus- schluß der Lohnfortzahlung	112
	5) Die Entstehungsgeschichte	114
	6) Der Zweck des Gesetzes vom 26.6.57	115
	7) Allgemeine Grundsätze des BAG GS	
	a) Die Praktikabilität	117
	b) Rechtssicherheit	117
	c) Die Klarheit der Rechtslage	118
	8) Zusammenfassung	119
C)	<u>Verbesserung der arbeitsrechtlichen Rechts- stellung der Arbeiter</u>	
I)	Eine arbeitsrechtliche Verbesserung muß auf der Lohnseite ansetzen	120
II)	Unabdingbarkeit des § 616 Abs. 1 BGB	121
	1) Keine schematische Zeitfestlegung	121
	2) Verhältnismäßigkeit der Dauer	122

Literaturverzeichnis

- Adler-Höller Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch
Wien 1954
- Aye Gehalts- und Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung durch Krankheit
in: BB 55 S. 350
- Bach Zur gegenwärtigen Handhabung des § 12 III TO.A
in: VersR 51 S. 189
- " Verstößt § 12 Abs. 3 TO.A gegen § 616 Abs. 2 BGB?
in: SV 50 S. 225
- Baum Krankengeld und Gehaltsanspruch nach den Notverordnungen
in: Deutsche Krankenkasse 31 Sp.743
- Beitzke Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen
Schloß Bleckede an der Elbe 1948
(Heft 9 der Reihe "Recht und Zeit")
- Benner Betrachtungen zum Entgeltbegriff in der Sozialversicherung
in: SV 56 S. 6
- Benner-Krumsiek Welche Zuwendungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer sind Entgelt im Sinne der Sozialversicherung und Arbeitslohn im Sinne des Lohnsteuerrechts (Stand September 1959)?
in: BB 59 Beilage zu Heft 27
- v. Blume Die vorübergehende Verhinderung des zu Dienstleistungen Verpflichteten
in: Das Recht 1902 S. 6 ff
- " Art. 32 EG z. BGB und § 616 BGB
in: Das Recht 1902 S. 138 ff
- Bobrowski^f Das Arbeitsrecht
Heidenheim-Brenz 2. Aufl. 1954
- Bobrowski-Gaul Das Arbeitsrecht
Heidelberg 3. Aufl. 1959
- Bötticher Waffengleichheit und Gleichbehandlung im kollektiven Arbeitsrecht
Karlsruhe 1956
(Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 23)

VIII

- Bötticher Der Anspruch auf Gleichbehandlung
im Arbeitsrecht
in: RDA 53 S. 161
- " Handhabung des Bestandschutzes beim
Kettenarbeitsvertrag
in: BB 55 S. 673
- Bogs Selbstverwaltung in der Sozialver-
sicherung
in: Gegenwartsfragen sozialer Ver-
sicherung, Heidelberg 1950
- " Grundfragen des Rechts der sozialen
Sicherheit und seiner Reform
Berlin 1955
- " Zur Rechtsnatur der Versorgungsein-
richtungen freier Berufe - zugleich
ein Beitrag zur Abgrenzung von Ver-
sicherung, Versorgung und Sozialver-
sicherung
in : Festschrift für Krohn,
" Beiträge zur Sozialversicherung"
Berlin 1954
- van der Borcht Die soziale Bedeutung der deutschen
Arbeiterversicherung
Jena 1898
- Brackmann Handbuch der Sozialversicherung
Bad Godesberg 5. Aufl. 1956
- Brucker Die Sozialversicherung
Berlin 1929
- Bührig Der Rechtscharakter des Urlaubsan-
spruchs
in: AuR 54 S. 371
- Bulla Die Sorgepflicht des Arbeitgebers
um eingebrachtes Arbeitnehmer-Eigentum
in: RDA 50 S. 88
- " Das sozialrechtliche Schutzprinzip
als der Grundgedanke des Arbeitsrechts
in: Mitteilungen des deutschen
Arbeitsgerichtsverbandes 1957 Nr. 15
- Degener Das Recht auf Existenz und die
deutsche Sozialversicherung
Dissertation Göttingen 1926
- Denecke Krankheit im Arbeitsverhältnis
in : BB 51 S. 58
- " Das Wesen des Lohnes nach dem Akademie-
Entwurf eines Arbeitsverhältnissesgesetzes
und die praktischen Folgerungen daraus
in: DAR 38 S. 190

- Dernburg) Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Halle
1./2. Aufl. 1899
- Dersch Die Entwicklung des Urlaubsrechts in der Rechtsprechung in grundsätzlichen Fragen
in: RDA 59 S. 327
- " Wechselwirkungen zwischen Arbeitsrecht und Sozialversicherung auf dem Gebiete der Leistungen
in: RDA 52 S. 53
- " Die Berechnung des Arbeitgeberzuschusses zum Krankengeld nach dem Gesetz vom 26.6.1957
in: Betr. 58 S. 510
- " Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht unter Abweichung vom BGB
in: RDA 58 S. 441
- " Schadensersatz und Lohnanspruch eines Arbeitnehmers durch Verschulden eines Dritten
in: BB 52 S. 891
- " Arbeitsunterbrechungen in der Wechselwirkung von Sozialversicherung und Arbeitsrecht
in: ZRR 35 S. 292
- " Neue Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis
in: Festschrift für Herschel
Stuttgart 1955
- " Entwicklungslinien der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis
in: RDA 49 S. 325
- " Sozialversicherung und Arbeitsrecht in ihren praktischen Beziehungen zueinander
in: WzS 56 S. 1
- Diederichs Probleme aus der deutschen Krankenversicherung
Dissertation Göttingen, ohne Jahr
- Diekhoff Umstrittene Fragen aus dem Gesetz zur wirtschaftlichen Verbesserung der Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle
in: AuR 57 S. 297
- Dietz Betriebsverfassungsgesetz
München-Berlin 2. Aufl. 1955

- Ebel Zum Ursprung des Arbeitsvertrages
in: ZGStW 36/319
- " Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht im
Mittelalter
Weimar 1934
- Endemann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
Berlin 8. Aufl. 1903
- Endemann Schadensersatzpflicht und Anspruch
auf Krankenlohn bei Körperverletzung
des Arbeitnehmers durch Verschulden
eines Dritten
in Bl f StR 57 S. 156
- Enneccerus-Leh- Recht der Schuldverhältnisse
mann Tübingen 14. Bearb. 1954
- Enneccerus Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
- Nipperdey Rechts
Tübingen 15. Bearb. 1959
- ' Entwurf ' Entwurf eines bürgerlichen Gesetz-
buches für das deutsche Reich
-Obligationenrecht Bd. II +
Berlin 1879 - 1882
- Erdmann Das Betriebsverfassungsgesetz
Neuwied 2. Aufl. 1954
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch Münster
1. Aufl. 1952
2. Aufl. 1958
- Erbler Fortbezug des Arbeitsentgelts bei un-
verschuldeter Leistungsverhinderung,
insbesondere bei Krankheit des Beschäf-
tigten
in: DAR 38 S. 286
- Esser Lehrbuch des Schuldrechts
Karlsruhe 1. Aufl. 1949
2. Aufl. 1960
- Farthmann Der "personenrechtliche Charakter"
des Arbeitsverhältnisses
in: RDA 60 S. 5
- Fechner Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht
in: RDA 55 S. 161
- Fitting-Kraegeloh Betriebsverfassungsgesetz
Berlin-Frankfurt 3. Aufl. 1953
- Fluhr Lohnzahlung bei Arbeitsversäumnis
Dissertation Berlin 1940

XI

- Frey Konkurrenz von Gesetz und Tarifvertrag
bei der Zuschußzahlung zum Krankengeld
in: BB 57 S. 753
- " Das Verhältnis von Fürsorgepflicht
und Treuepflicht
in: AuR 58 S. 203
- " Können Arbeitsverhältnisse angefochten
werden?
in: AuR 53 S. 167
- " Die Feiertagsbezahlung
2. Auflage, Heidelberg 1959
- Friedrich Die Vergütungspflicht des Dienstherrn
im Haftpflichtfall
in: VersR 50 S. 140
- Galperin-Siebert Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
Heidelberg , 3. Aufl. 1958
- Gase Die Änderungen in der Krankenversicherung
in: ZRR 30 S. 313
- Geiger Die Grundrechte in der Privatrechts-
ordnung
Stuttgart 1960
- Otto v. Gierke Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetz-
buches und das deutsche Recht
Leipzig 1889
- " Die Wurzeln des Dienstvertrages
in: Festschrift für Brunner
München-Leipzig 1914
- " Deutsches Privatrecht
Leipzig Bd. 1: 1895 Bd. 2: 1917
- Graf-Diether Deutsche Rechtssprichwörter
Nördlingen 1864
- Gotzen-Doetsch Das Arbeiterkrankheitsgesetz
Neuvied-Berlin 1961
- Grell Der Betriebsinhaberwechsel
- Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom
Arbeitsverhältnis und Betrieb -
Berlin 1957
- Gros AR Blattei: Arbeitsausfall, Krankheit,
Stellensuche -D-

- Grieser Die Änderungen in der Krankenversicherung
in: Die Reichsversicherung 30 S. 219
- Grieser-Sauerborn Erläuterungen der Notverordnung zur
-Eckert Sozialversicherung v. 26.7.1930
München 1930
- Grimm Deutsche Rechtsaltertümer
Leipzig 1899
- Gunkel Die arbeitsrechtlichen Auswirkungen
des Ruhens von Krankengeld nach § 189
der Reichsversicherungsordnung
in: DAR 34 S. 91
- Gumpert Sind das geltende Arbeitsrecht und
Sozialversicherungsrecht überhaupt
noch praktikabel?
in: BB 59 S. 421
- " Wann muß der Arbeitgeber den Arbeit-
nehmer von Schadensersatzpflichten
gegenüber Dritten freistellen?
in: BB 55 S. 480
- " Anspruch auf Gehalt oder Krankengeld-
zuschuß bei Unfall in einem zweiten
Arbeitsverhältnis
in: BB 60 S. 524
- Harms Zur Frage des Schadens durch Verdienst-
ausfall bei Weiterzahlung des Ar-
beitsentgelts
in: JZ 58 S. 156
- Heck Grundriß des Schuldrechts
Tübingen 1929
- Hedemann Die Fürsorge des Gutsherrn für sein
Gesinde
in: Festschrift für Felix Dahn
Breslau 1905
- " Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung
in : Festschrift für Rosenthal
Jena 1923
- Hein Hat der durch Dienst-oder Arbeitsver-
trag (§§ 616 BGB, 63 HGB, 133 II GewO)
zur Lohnzahlung verpflichtete Arbeit-
geber gegenüber dem Verletzer
seines Arbeitnehmers einen Erstattungs-
anspruch?
Dissertation Köln 1955
- Heimeier Krankheit und Arbeitsverhältnis in:
Betrieb 53 Beilage 2

- Herschel Die Krankheit des Arbeitnehmers
in : NWB 1957 Nr. 31 Fach 26 S. 359
- " Entwicklungstendenzen des Arbeits-
rechts
in: RDA 56 S. 161
- " Vom Arbeiterschutz zum Arbeitsrecht
in: Festschrift zum 100 jährigen
Bestehen des Deutschen Juristentages
Karlsruhe 1960
- Herbst Die Rechtsgültigkeit des § 12 Abs. 3
TO.A in: RDA 52 S. 297
- " Der Treudienstvertrag
in: DAR 35 S. 181
- Hessel Krankheit im Arbeitsrecht
Heidelberg 2. Aufl. 1957
- " Gesetz zur Verbesserung der wirtschaft-
lichen Sicherung der Arbeiter im
Krankheitsfalle
in: BB 57 S. 681
- Heyde Abriß der Sozialpolitik
Heidelberg 1953
- Höhne Berechnung des Zuschusses an Arbeiter
im Krankheitsfall
in: BB 57 / 1146
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts
Berlin-Leipzig 3./5. Aufl. 1931
Berlin-Frankfurt 6. Aufl. 1955
- Hueck Der Sozialstaatsgedanke in der Recht-
sprechung des Bundesarbeitsgerichts
in: Festschrift für Apelt
München-Berlin 1958
- Hueck-Nipperdey & Dietz Kommentar zum Arbeitsordnungsgesetz
München-Berlin 1934
- Hunn Der Urlaubsanspruch
in: AuR 55 S. 301
- Idelberger Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen
über die Fortzahlung des Arbeitsent-
gelts im Erkrankungsfalle
in: DOK 51 S. 460
- Int. Arbeitsamt Die Krankenversicherung
- eine rechtsvergleichende Darstellung-
Genf 1925

XIV

Jacobi	Grundlehren des Arbeitsrechts Leipzig 1927
Karlowa	Römische Rechtsgeschichte Leipzig 1901
Kaskel	Arbeitsrecht Berlin 3. Aufl. 1928
Kaskel-Dersch	Arbeitsrecht Berlin-Göttingen-Heidelberg 5. Aufl. 1957
Kaskel-Sitzler	Grundriß des sozialen Versicherungs- rechts Berlin 1912
Kehr	Die Bezahlung versäumter Arbeitszeit der Betriebsratsmitglieder in: BABI 52 S. 685
Kisch	Die Wirkungen der nachträglich ein- tretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 7 Heft 2 Jena 1901
Kleeis	Die Geschichte der sozialen Versiche- rung in Deutschland Berlin 1928.
Kleineidam	Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 7 Heft 1 Jena 1901
Knoll-Peters	Die grundsätzlichen Entscheidungen des Reichsversicherungsamts Stuttgart-Köln 1952
Koch-Hinschius	Allgemeines Landrecht für die preu- ßischen Staaten Berlin-Leipzig 8. Aufl. 1886
Krahmer	Gegenseitige Verträge Halle 1904
Kreller	Römisches Recht Wien 1950
"	Fürsorge und Treupflicht im Arbeits- recht in: ZAKDR 38 S. 302
Kress	Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts München-Berlin 1934

- Krüger Ein Jahr Bundesarbeitsgericht
in: RDA 55 S. 244
- Küchenhoff Das Prinzip der staatlichen Subsidiari-
tät im Arbeitsrecht
in: RDA 59 S. 201
- Kunkel Römisches Privatrecht
Berlin-Göttingen-Heidelberg
3. Aufl. 1949
- Landmann-Rohmer Gewerbeordnung
Bearb. von Eyermann-Fröhler
München-Berlin 11. Aufl. 1956
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts
I = 1. Band - 2. Aufl. 1957
- 4. Aufl. 1960
II = 2. Band - 1. Aufl. 1956
- 3. Aufl. 1959
München-Berlin
- Lautner Altbabylonische Personenmiete und
Erntearbeiterverträge
Leiden 1936
- Lehmann, H. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches
Berlin 11. Aufl. 1958
- Lehmann, R. Entwicklung und Inhalt der Fürsorge-
pflicht des Unternehmers
Berlin-Leipzig-Wien 1940
- Lepénies Ungesetzliche Schadensersatzansprüche
mittelbar Geschädigter
in: VersR 50 S. 174, 51 S. 7ff, 32
- Loersch-Schroeder Urkunden zur Geschichte des deutschen
Privatrechts
Bonn 3. Aufl. 1912
- Lotmar Der Arbeitsvertrag
Leipzig I = Bd. 1 1902
II = Bd. 2 1908
- Lutz Protokolle zur Beratung eines allge-
meinen deutschen Handelsgesetzbuches
Würzburg 1858
- Machleid Zur Vorteilsausgleichung im Schadens-
ersatzrecht
in: JZ 52 S. 644
- Manes-Stein Versicherungslexikon
Berlin 1930
- Maus Das Arbeitsverhältnis
Schloß Bleckede an der Elbe 1948

- Maus Arbeitsrecht (Loseblattausgabe)
Baden-Baden-Frankfurt 2. Aufl.
- Mavridis Der Schutzgedanke als Grundlage des
Arbeitsrechts
in: AuR 56 S. 161
- " Eingliederungstheorie, Vertragstheorie
und Gemeinschaftsverhältnis
in: RDA 56 S. 444
- Meissinger Betriebsverfassungsgesetz
München 1952
- " AR Blattei, Treuepflicht - D -
- Meyer Zur Berechnung des Arbeitgeberzu-
schusses zum Krankengeld
in: BetrVerf 58 S. 130
- Mitteis Deutsches Privatrecht
München-Berlin 2. Aufl. 1953
- Möller Das Ruhen des Krankengeldes nach § 189
Abs. 1 RVO unter Berücksichtigung der
arbeitsrechtlichen Bestimmungen
in: SV 49 S. 156
- Molitor Zur Geschichte des Arbeitsvertrages
in: ZHR Bd. 87 S. 371
- " Grund und Grenzen des Weisungsrechts
in: RDA 59 S. 2
- " Weiterzahlung des Arbeitsentgelts bei
Heilverfahren
in: BB 59 S. 925
- " Die arbeitsrechtliche Bedeutung des
Art. 3 des Bonner Grundgesetzes
in: AcP Bd. 151 (31 NF) S. 385
- ' Motive ' Motive zum BGB
1888
- Müller Zur Rechtsprechung des Bundesarbeits-
gerichts
in: BB 55 S. 577
- " Der Gedanke des sozialen Rechtsstaats
in der bisherigen Rechtsprechung des
Bundesarbeitsgerichts
in: Betr. 56 S. 524 ff, 549 ff
- Mugdan Die gesamten Materialien zum
Bürgerlichen Gesetzbuch
Berlin 1899

- Nelken Der Lohnanspruch des gewerblichen Arbeiters bei Dienstverhinderung infolge unverschuldeten Unglücks
in: DJZ 1903 S. 210
- von Nell-Breuning Wirtschaft und Gesellschaft
I Grundsatzfragen
Freiburg 1956
- Neumann Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft
in: RDA 51 S. 1
- Nicolai Der sozialversicherungsrechtliche Charakter des Arbeitsentgelts
in: SV 56 S. 13
- Nikisch Die Bedeutung der Treupflicht für das Arbeitsverhältnis
in: DAR 38 S. 182
- " Kündigungsschutz bei sogenannten Kettenverträgen und befristeten Arbeitsverträgen
in: BB 55 S. 197
- " Stichwort "Arbeitsrecht"
in: HDWB
- " Arbeitsrecht
Tübingen 1. Aufl. 1951
I= Bd.1, 2. Aufl. 1955
II= Bd.2, 2. Aufl. 1959
- Nipperdey Zur Frage des Ersatzes des Drittschadens
in: ZAkDR 38 S. 262
- Odendahl Krankenzuschüsse und Krankengeldzuschüsse
in: BKK 53 Sp. 465
- Oehmann Mit dem Anspruch auf Krankengeldzuschuß konkurrierende Lohnansprüche
in: Betr. 59 S. 860
- Oertmann Deutsches Arbeitsvertragsrecht
Berlin 1923
- " Entgeltliche Geschäfte
in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 23 Heft 3
München 1912
- " Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen Bürgerlichen Recht
Berlin 1901

XVIII

- Oser-Schönenberger Das Obligationenrecht
Zürich 2. Aufl. 1936
- Palandt Kurzkommentar zum BGB
München-Berlin 19. Aufl. 1960
- Peßler Schadensersatz in Höhe des Brutto-
oder Nettogehalts bei Weiterzahlung
des Gehalts nach § 616 Abs. 2 BGB?
in: NJW 59 S. 1207
- Peters Handbuch der Krankenversicherung
Stuttgart 16. Aufl. 1956
- Poetsch Urlaub zur Stellensuche (§ 629 BGB) .
und Lohnzahlungsanspruch
in: DAR 38 S. 57
- Potthoff Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuld-
verhältnis?
in: Arbeitsrecht 1922 Sp. 267
- " Das Tragen der Gefahr im Arbeitsver-
hältnis
in: JW 22 S. 551
- " Arbeitsrecht, Das Ringen um werdendes
Recht
Berlin 1928
- ' Protokolle ' Protokolle der Commission zur Aus-
arbeitung eines Allgemeinen Deutschen
Obligationenrechts
Dresden 1864
- Ramm Die Anfechtung des Arbeitsvertrages
(Freiburger Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Abhandlungen Bd.4)
Karlsruhe 1955
- Reinicke, G.u.D. Die Auslegungsgrundsätze des Bundes-
arbeitsgerichts
in: NJW 55 S. 1380
- " Zur Frage des Übergangs von Schadenser-
satzansprüchen auf Arbeitgeber und
Versicherungsträger
in: NJW 53 S. 1243
- Rewolle Grenzen der Fürsorgepflicht
in: RDA 54 S. 258
- " Zuschußzahlung zum Krankengeld für
Arbeiter
in: Betr. 57 S. 166

IXX

- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch
 Kommentar herausgegeben von Reichsge-
 richtsräten und Bundesrichtern
 Berlin 10. Aufl. 1953
 11. Aufl. 1959
 §§ 611 ff BGB bearb.v. Denecke
- Richter Sozialversicherungsrecht
 Berlin 1931
- Rittig Sozialversicherung und Sozialpolitik
 in: Gegenwartsfragen sozialer Ver-
 sicherung, Heidelberg 1950
- Roesch Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle bei
 Krankheit von erheblicher Dauer
 in: BlfStR 52 S. 172
- Rohrbeck Der Begriff der Sozialversicherung
 und ihre Abgrenzung zur Versorgung und
 Fürsorge
 in: Gegenwartsfragen sozialer Ver-
 sicherung, Heidelberg 1950
- Rohwer-Kahlmann Die Einwirkung verfassungsrechtlicher
 Normen auf das Recht der sozialen
 Sicherheit
 in: NJW 60 S. 1641
- Rosin Die Rechtsnatur der Arbeiterversiche-
 rung
 in: Festgabe für Laband Bd. II
 Tübingen 1908
- " Das Recht der Arbeiterversicherung
 Berlin 1893
- Rothe Der Anspruch auf Krankengeld und
 Arbeitgeberzuschuß bei Unfällen im
 Straßenverkehr
 in: Betr. 59 S. 159
- Rümelin Dienstvertrag und Werkvertrag
 Tübingen 1905
- Rust Die Grenzen der Ausschließbarkeit des
 § 616 BGB durch Parteivereinbarung
 in: DAR 35 S. 335
- ' Sachsenspiegel ' Sachsenspiegel, herausgegeben von
 Homeyer Berlin 1861
- Schäffer Entstehung, Aufbau und Bedeutung der
 deutschen Sozialversicherung
 Stuttgart 1937

- Schediwy Die Zuschußzahlung zum Krankengeld im Krankheitsfall von Arbeitern im Hinblick auf die Bestimmung des § 616 BGB und auf tarifliche Regelungen
in: RDA 58 S. 51
- Scheiff Muß der Arbeitgeber Lohn zahlen, auch wenn der Arbeiter kurze Zeit an der Arbeit verhindert war? (§ 616 BGB)
Köln 1900
- Schelp Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts
in: MDR 58 S. 15
- " Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Arbeiters im Krankheitsfalle
in: RDA 57 S. 245
- Schelp-Herbst Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall
in: BABI 56 S. 67
- Schelp-Trieschmann Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle
Köln- Bonn- Berlin 1958
- Schilling Die sozialen Enzyklen Leos XIII und Pius XI
Stuttgart 1948
- Schilling-Sintenis Das Corpus Juris Civilis
Leipzig 1830
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch
bearb. von Geßler-Hefermehl-Hildebrand Schröder
Berlin-Frankfurt 3. u.4. Aufl. 1955
u. 1961
- Schlessmann Günstigkeitsvergleich beim Arbeiterkrankheitsgesetz
in: Betr. 58 S. 109
- " Der Arbeitsvertrag
München 1960
- Schmalzl Zur Problematik des § 616 Abs. 2 BGB
in: NJW 53 S. 445
- Schmatz-Fischwasser Das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle
Berlin 1957, 3. Aufl. 1958
- Schmittmann Die Sozialversicherung (I)
Die Grundlagen der Sozialversicherung
4. Aufl. 1926

XXI

- Schnorr v. Carolsfeld Arbeitsrecht
Göttingen 2. Aufl. 1954
- Schraeder Erhält der Versicherte während der
Krankheit Arbeitsentgelt, so ruht der
Anspruch auf Kranken- und Hausgeld
in: DDLk 30 Sp. 531
- Seidel Stichwort "Sozialpolitik I"
in: HDWB
- Siber Schuldrecht
Leipzig 1931
- Siebert Einige Entwicklungslinien im neueren
Individualarbeitsrecht
in: RDA 58 S. 366
- " Einige Grundgedanken des gegenwärtigen
Arbeitsrechts
in: RDA 56 S. 13
- " Die Methode der Gesetzesauslegung
Heidelberg 1958
- " Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung
der nationalen Arbeit
Hamburg 1935
- " Schadensersatz und Lohnfortzahlung
in: Festschrift für Lehmann
Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956
- " Faktische Vertragsverhältnisse
Karlsruhe 1958
- Sieg Schadensersatz und Versorgung
in: JZ 54 S. 337
- Sintenis Das praktische gemeine Civilrecht
Leipzig 1847
- Sinzheimer Grundzüge des Arbeitsrechts
Jena 2. Aufl. 1927
- Sontheim Der Lohnanspruch des Dienstpflichtigen
im Krankheitsfalle
Zürich 1949
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch
Stuttgart-Köln 8. Aufl. 1952
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch
Stuttgart 9. Aufl. 1959
- Spoth Verstößt § 12 T.O.A gegen § 616 Abs. 2
BGB
in: SV 51 S. 211

- Staudinger-Nipperdey v. Staudinger,
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
München-Berlin-Leipzig 10. Aufl. 1939
- Staudinger-Mohnen v. Staudinger,
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Berlin 11. Aufl. 1958
- Stecher Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht
in: RDA 61 S. 261
- Stelzig Die Rechtsnatur der Sozialversicherung
Weimar 1933
- Steindorff Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer
in: JZ 59 S. 1
- Stier-Somlo Kommentar zur Reichsversicherungs-
ordnung
Berlin 1915
- Stobbe-Lehmann Handbuch des deutschen Privatrechts
Berlin 1898
- Stoll Die Lehre von den Leistungsstörungen
Tübingen 1936
- " Abschied von der Lehre von der posi-
tiven Vertragsverletzung
in: AcP Bd. 136 S. 257
- " Die Lehre vom Betriebsrisiko und die
Neuordnung des Arbeitsrechts
in: DAR 34 S. 199 ff, 253 ff
- Syrup-Neuloh 100 Jahre Staatliche Sozialpolitik
(1839- 1939)
Stuttgart 1957
- Taube Verlangt die Billigkeit, daß der Ar-
beitgeber Ersatz für das von ihm fort-
gezahlte Gehalt vom Verletzten seines
Angestellten erhält?
in: VersR 54 S. 107
- " Kritische Betrachtung zur Theorie des
Versorgungsanspruchs
in: VersR 56 S. 139
- Titze Die Unmöglichkeit der Leistung nach
deutschem bürgerlichen Recht
Leipzig. 1900
- " Ehrenbergs Handbuch des gesamten Han-
delsrechts
Leipzig 1913 - 1922

- Trieschmann Lohnzahlung bei Dienstleistungsverhinderung im Falle des § 616 BGB
in: Betr. 55 S. 800
- " Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle für Arbeiter
in: Betr. 57 S. 532
- Vogt Grenzen der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers gegenüber Betriebsratsmitgliedern gemäß § 37 BetrVerfG.
in: Betr. 52 S. 378
- Voss Das Verhältnis von § 12 Abs. 3 TO.A zu § 616 Abs. 2 BGB
in: SV 53 S. 38
- Waldmann Gehalts- und Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung durch Krankheit
in: AuR 55 S. 83
- Weimar Die Fürsorge für das Eigentum des Dienstpflichtigen
in AuR 53 S. 246
- Weisser Stichwort "Soziale Sicherheit"
in: HDWB
- Weddigen Stichwort "Sozialversicherung I"
in: HDWB
- Wenger Quellen des römischen Rechts
Wien 1953
- Wieacker Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB
Tübingen 1956
- Wissel Die Geschichte der deutschen Sozialversicherung
in: Die Reichsversicherung 27 S. 138
- Würdinger Kommentar zum Handelsgesetzbuch (RGRK zum HGB)
Berlin 2. Aufl. 1953
- Zimmermann Analogie oder Umkehrschluß
in: NJW 54 S. 624
- Zwiedinek-Südenhorst Arbeiterschutz und Arbeiterversicherung
Leipzig 1905

Abkürzungen

aA	- anderer Ansicht
aaO	- am angeführten Ort
ABGB	- Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
Abh.z.Priv.R.	- Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß
AcP	- Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
ADHGB	- Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
Allg.Teil	- Allgemeiner Teil
ALR	- Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Altbabyl.	- Altbabylonisch
Anm.	- Anmerkung
AOG	- Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	- Arbeitsrechtliche Praxis
ArbKrankhG	- Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle vom 26.6.1957
AR Blattei	- Arbeitsrechtsblattei, Forkel Verlag
Art.	- Artikel
AuR	- Arbeit und Recht (Jahr und Seite)
Aufl.	- Auflage
Abs.	- Absatz
Arb.V.	- Arbeiterversorgung (Jahr und Seite)
BAG	- Bundesarbeitsgericht
BAG GS	- " , Großer Senat
BAGE	- Entscheidungen des BAG, amtliche Sammlung
BABl	- Bundesarbeitsblatt
BAM	- Bundesarbeitsminister
BB	- Betriebsberater (Jahr und Seite)
Bd.	- Band
Bearb.	- Bearbeiter (bearbeitet)
Begr.	- Begründung
BergO, BergG	- Bergordnung, Berggesetz
bes.	- besonders

Betr	- Der Betrieb (Jahr und Seite)
BetrVerf	- Die Betriebsverfassung (Jahr und Seite)
BetrVerfG	- Betriebsverfassungsgesetz
BFM	- Bundesfinanzminister
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
BGB'RGRK	- siehe RGRK
BGH	- Bundesgerichtshof
BGHZ	- Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, amtliche Sammlung
BKK	- Die Betriebskrankenkasse (Jahr und Seite)
BlfStR	- Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
BT	- Bundestag
BVerfG	- Bundesverfassungsgericht
bezw.	- beziehungsweise
das.	- daselbst
d. ; ders.	- des, der ; derselbe
DAR	- Deutsches Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
DDLk	- Die Deutsche Landkrankenkasse
Dig.	- Digesten
DJZ	- Deutsche Juristenzeitung (Jahr und Seite)
DOK	- Die Ortskrankenkasse (Jahr und Seite)
DRV	- Die Reichsversicherung (Jahr und Seite)
DR	- Deutsches Recht (Jahr und Seite)
Dt.	- Deutsch
Dt.ArbGerVerb	- Deutscher Arbeitsgerichtsverband
DVZ	- Deutsche Versicherungszeitschrift (Jahr und Seite)
Diss.	- Dissertation
e.	- ein, eines
EuM	- Entscheidungen und Mitteilungen des Reichsversicherungsamts (Band und Seite)

f, ff	- folgende
f.	- für
GG	- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GS	- Großer Senat
GesO	- Gesindeordnung
GewO	- Gewerbeordnung
HDWB	- Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1956
HGB	- Handelsgesetzbuch
i.d.F.	- in der Fassung
i.S.	- im Sinne
Inst.	- Institutionen
Int. Arbeitsamt	- Internationales Arbeitsamt, Genf
JW	- Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JWG	- Jugendwohlfahrtsgesetz
JZ	- Juristenzeitung (Jahr und Seite)
Kap.	- Kapitel
KG	- Kammergericht
Kgl. sächsische GesO	- Königlich sächsische Gesindeordnung
KSchG	- Kündigungsschutzgesetz
LAG	- Landesarbeitsgericht
LG	- Landgericht
LR	- Landrecht
MDR	- Monatsschrift für Deutsches Recht. (Jahr und Seite)

MuSchG	- Mutterschutzgesetz
m.w.A.	- mit weiteren Angaben
m.w.Nachw.	- mit weiteren Nachweisen
m.E.	- meines Erachtens
NF	- Neue Folge
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
NotVO	- Notverordnung
Nr.	- Nummer
NWB	- Neue Wirtschaftsbriefe
ObligR	- Obligationenrecht
OLG	- Oberlandesgericht
OVG	- Oberverwaltungsgericht
pr.	- preußisch
RABl	- Reichsarbeitsblatt
RAG	- Reichsarbeitsgericht
RAM	- Reichsarbeitsminister
RdA	- Recht der Arbeit (Jahr und Seite)
RG	- Reichsgericht
RGZ	- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
RGBl	- Reichsgesetzblatt
RGRK	- Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar, herausgegeben von Reichs- gerichtsäräten und Bundesrichtern
ROHG	- Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	- Entscheidungen des Reichsoberhandels- gerichts, Amtliche Sammlung
RVA	- Reichsversicherungsamt
RVO	- Reichsversicherungsordnung
s.	- siehe
S.	- Seite
scil.	- scilicet (nämlich)

XXVIII

s.o.	- siehe oben
Sp.	- Spalte
SV	- Die Sozialversicherung (Jahr und Seite)
TO	- Tarifordnung
TVG	- Tarifvertragsgesetz
u.	- und
v.	- von, vom
VersR	- Versicherungsrecht (Jahr und Seite)
vgl.	- vergleiche
Vorb., Vorbem.	- Vorbemerkung
VVG	- Versicherungsvertragsgesetz
VO	- Verordnung
WzSV	- Wege zur Sozialversicherung (Jahr und Seite)
z.	- zu, zum
ZAkDR	- Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht (Jahr und Seite)
z.B.	- zum Beispiel
ZHR	- Zeitschrift für Handelsrecht (Band und Seite)
ZGStW	- Zeitschrift für die gesamten Staats- wissenschaften (Band und Seite)
zit.	- zitiert
Ziff.	- Ziffer
ZRR	- Zentralblatt für Reichsversicherung und Reichsversorgung (Jahr und Seite)
zust.	- zustimmend

E i n l e i t u n g:

Eine lange geschichtliche Entwicklung hat zu den modernen gesetzlichen Bestimmungen über die Lohnfortzahlung bei Verhinderung des Arbeitnehmers geführt. Zu ihnen gehört neben den §§ 63, 76 HGB, 133 c Abs. 2 GewO und 90 a pr.BergG vor allem § 616 BGB. Dieser lautet:

" Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird."

Nach dem Wortlaut des Gesetzes enthält § 616 BGB also einen Anspruch auf Vergütung. Dieser Anspruch geht unter den gesetzlichen Voraussetzungen nicht verloren, sondern bleibt dem Verhinderten erhalten. Der Ausdruck "Vergütung" findet sich auch in den §§ 611, 612, 614, 615, 631 ff, 653 Abs. 2 BGB. Er bedeutet nach deutschem Sprachgebrauch soviel wie Entgelt, Gegenleistung für Aufwand oder Opfer eines anderen ¹⁾. Der Anspruch auf Vergütung in § 616 geht somit auf den Lohn, auf die vertragsmäßige Gegenleistung des Arbeitgebers.

Hier ergeben sich nun dogmatische Schwierigkeiten; § 616 scheint dem § 323 zu widersprechen, nach dem die Leistungspflicht entfallen soll, wenn die Gegenleistungspflicht fortfällt. Muß § 616 deshalb als Ausnahmenvorschrift oder als einseitige Schutznorm aufgefaßt werden? Ist der Wortlaut verfehlt, weil in Wirklichkeit keine Gegenleistung gefordert werden kann, sondern eine fürsorgenderische oder gar eine Versorgungsleistung im Zusammenhang mit der Sozialversicherung?

1) Lotmar, Der Arbeitsvertrag I S. 148; Taube VersR 56/140 Anm. 8; vgl. aber Sieg JZ 54/337, 338 oben.

Derartige grundsätzliche Fragen haben vor allem auch die Rechtsprechung in neuerer Zeit beschäftigt ¹⁾.

So leitet der BGH ²⁾ die Lohnfortzahlung aus dem Fürsorgegedanken der deutschen Rechtstradition her. Der 2. Senat des BAG findet den Sinn des § 616 in einem von vornherein von § 323 BGB unabhängigen Fürsorgegedanken ³⁾. Schließlich hat vor allem der Fall Schwierigkeiten bereitet, in dem ein Arbeitnehmer durch Verschulden eines Dritten arbeitsunfähig wird und nach § 616 BGB die vertragsmäßige Vergütung weiter bezieht. Hier fragt es sich, ob dem Arbeitnehmer insoweit überhaupt ein Schaden entstanden ist, den der Schädiger ersetzen muß. Ein Schaden in Bezug auf den Lohn setzt einen Lohnausfall voraus. Es kommt also darauf an, ob § 616 BGB einen Lohnausfall verhindert oder nicht. Denkbar ist immerhin, daß das Gesetz nicht die Gegenleistung erhalten, nicht den Lohnanspruch aufrechterhalten, sondern einen Anspruch anderer Art geben will. Ein solcher Anspruch könnte dann vielleicht im Verhältnis zwischen Schädiger und Arbeitnehmer außer Betracht bleiben. Tatsächlich ist die Rechtsprechung im Ergebnis diesen Weg gegangen, sie ist damit aber auch auf heftige Kritik gestoßen ⁴⁾.

Für die Dogmatik des § 616 BGB ist daran interessant, daß immer wieder die Kernfrage nach dem rechtlichen Wesen des dort enthaltenen Anspruchs gestellt wird und gestellt werden muß. Diese Frage hat wohl als erster Lotmar im Jahre 1902 aufgeworfen ⁵⁾. Sie hat wegen der wirklichen oder scheinbaren Reibungen mit § 323 BGB, wegen der historischen Entwicklung und wegen des Zusammenhangs mit arbeits- und versicherungsrechtlichen Problemen die unterschiedlichsten Antworten gefunden.

1) BAG GS NJW 60/738, 741 und die folgenden Anm.

2) BGHZ 21/112 = NJW 56/1473 unter Berufung auf Fluhr, Lohnzahlung bei Arbeitsversäumnis, S. 10 f

3) NJW 56/77

4) BGHZ 7/30, 21/112 dagegen OLG Koblenz VersR 55/301, Siebert, Festschrift f. Lehmann, S. 670 m.w.A., Taube a.a.O.

5) a.a.O. I S. 148 f

Erster Teil:

Geschichtliche Entwicklung der Lohn-
fortzahlung bei Arbeitsverhinderung.

A) Rechtssystem des Altertums

Im Altertum hat es Entgeltvereinbarungen im heutigen Sinne nicht gegeben. Damals stand bei allen Völkern Arbeitsleistung und Unterhaltsgewährung innerhalb der Sippe, der Familie oder der Hausgemeinschaft im Vordergrund. Die Entwicklung begann mit der Verwendung von Sklaven zu Arbeiten aller Art.

I) Nach der Definition Justinians waren Sklaven Kriegsgefangene, die man am Leben ließ, und deren Abkömmlinge ¹⁾. Sie waren rechtlos; konnten daher als Rechtsobjekte behandelt, veräußert und vermietet werden. Ihr Herr war zugleich ihr Eigentümer (dominus). Rechtsbeziehungen und Entgeltvereinbarungen entstanden, sobald Sklaven von ihren Eigentümern entliehen oder vermietet wurden.

Derartige Beziehungen -die Vermietung von Sklaven zu Erntearbeiten -, sind bereits aus dem babylonischen Rechtskreis bekannt. Hier findet sich auch eine erste Bestimmung über die Lohnfortzahlung ²⁾:

"Wenn ein Mann einen Sklaven gemietet hat, und er sich dem Dienst entzieht, ... oder krank wird, so wird er als seinen Tageslohn je ein Seah Gerste darmessen."

Im Falle der Vermietung trägt also der Mieter und nicht der Eigentümer die Vergütungsgefahr, gleichgültig, ob der Arbeiter die Verhinderung verschuldet hat oder nicht.

Diesen Verträgen über Sklavenvermietung wurden später solche über die Vermietung der eigenen Person nachgebildet. Hier heißt es dann:

"Macht er seine Tage nicht voll, so geht er seines Mietzinses verlustig".

Ohne Rücksicht auf Verschulden trägt bei der Selbstvermietung der Kranke oder sonst Verhinderte die Gefahr ³⁾.

1) Inst. I 1,3,3 (Inst.u.Dig.zit. nach Schilling-Sintenis)

2) Lautner, Altbabyl. Personenmiete, S.1 f, 55 f, Zitat S.126

3) Lautner, a.a.O. S. 84, vgl. S. 120: Verwirkungsabrede!

Der Vermieter der eigenen Person oder der eigenen Arbeitskraft steht somit schlechter da als der Vermieter eines Sklaven.

II) Im römischen Recht finden sich ähnliche Rechtsgedanken. Auch in Rom wurde ursprünglich Arbeit im wesentlichen von eigenen oder gemieteten Sklaven geleistet ¹⁾.

1) Von der Sklavenarbeit zur Selbstvermietung war es dann, vor allem nachdem mehr und mehr Sklaven freigelassen wurden, nur ein kleiner Schritt ²⁾. Außer Freigelassenen (liberti) waren jedoch im allgemeinen nur verarmte Bürger (proletarii) zur Selbstvermietung gezwungen. Sie standen sich praktisch nicht viel besser als Sklaven. Rechtlich waren sie der Hausherrschaft ihres Arbeitgebers, des patronus unterworfen, der sie in Krankheitsfällen auch unterhalten haben wird ³⁾.

Der freie, römische Bürger erbrachte Dienstleistungen, die als höhere mehr persönlichkeitsbezogene, als operae liberales galten, zumeist nur aus Gefälligkeit oder in der Rechtsform des Auftrags ⁴⁾. Erst später wurde es üblich, sich auch für diese Dienste bezahlen zu lassen; es bildeten sich Rechtsverhältnisse heraus, die mit den heutigen Entgeltvereinbarungen vergleichbar sind ⁵⁾. Ein mandatum aber, das entgeltlich abgeschlossen war, galt nach den Institutionen als Mietvertrag ⁶⁾. Dementsprechend wurde es in Rom allgemein üblich, seine Dienste in der Rechtsform der locatio conductio zu vermieten. Diese Rechtsform beruhte auf denselben Rechtsregeln wie der Kauf ⁷⁾. Deshalb ergibt sich für die Dienstmiete ein klares, kaufähnliches System von Leistung und Gegenleistung.

1) vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I S. 145 (6. Aufl.)

2) Kreller, Römisches Recht S. 359

3) Wenger, Quellen S. 787 ; Molitor ZHR 87/375

4) Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte S. 632; vgl. aber Kreller a.a.O. S. 359 Anm. 9, 360: auch Selbstvermietung möglich.

5) Inst. I 3, 27, 13; Kunkel, Röm. Privatrecht S. 238; Kreller a.a.O. S. 259, Karlowa a.a.O. S. 632

6) s. Anm. 5)

7) Inst. I 3, 25; vgl. I 2 prD 19, 2 bei Krahmer, Gegenseitige Verträge S. 72 Anm. 10

Im späteren römischen Recht war die Rechtsfolge dieser Auffassung, daß der Mietzinsanspruch entfiel, wenn die Arbeitsleistung nicht erbracht wurde. Dies galt jedenfalls immer dann, wenn die dem einen Teil obliegende Leistung durch eigenes Verschulden unmöglich wurde ¹⁾.

2) Für die Regelung der unverschuldeten Unmöglichkeit finden sich nun in den Digesten zwei Entscheidungen:

a) Jemand hat einen Frachtvertrag abgeschlossen. Das Schiff des Vermieters geht unter. Der Mieter verlangt den vorausgezählten Lohn zurück. Nach der kaiserlichen Entscheidung ist dies zulässig, weil die Verpflichtung nicht erfüllt worden ist ²⁾: "cum munere vehendi functus non sit". Dabei wird ausschließlich darauf abgestellt, daß der Vermieter seine Leistung nicht erbracht hat.

b) Eine Differenzierung bringt erst die zweite Entscheidung. Ein Schnellschreiber hat seine Dienste auf ein Jahr vermietet. Vor Antritt des Dienstes verstirbt der Mieter, der Schreiber verlangt den Mietzins. Nach der kaiserlichen Antwort ist der Mietzins zu zahlen ³⁾:

"cum per te non stetisse, quo minus locatas operas solveres". Der entscheidende Gesichtspunkt ist, "ob es an dem Dienstverpflichteten liegt", daß die Dienste nicht geleistet werden. Von einem Verschulden ist an sich nicht die Rede, sondern nur davon, ob der Grund der Verhinderung an die Person des Vermieters gebunden ist. Ist das nicht der Fall, so ist der Mietzins zu zahlen.

Der Gegenschluß liegt auf der Hand und ist auch allgemein gezogen worden: liegt der Grund für die Dienstverhinderung in der Person des Verpflichteten, so entfällt der Anspruch auf Entgelt.

Eine Abweichung von dem starren Satz der ersten Entscheidung "Ohne Leistung keine Gegenleistung" ergibt sich also nur, wenn der Grund für die Verhinderung nicht in der Person des Verhinderten und in seinem Rechtskreis liegt. Das ist eine dem heutigen § 616 BGB genau entgegengesetzte Regelung.

1) Dig. 19,2,61 § 1; Kreller a.a.O. S. 344 c, Wenger a.a.O. S. 787, Esser, Schuldrecht L. 31, Fleineidam, Abh.z.Priv.R. 7/S. 127

2) Dig. 19,2,15 § 6

3) Dig. 19,2,19 § 9

III) Die Formulierung vom in der Person liegenden Grund (in sua personam contingentem) wird von den Glossatoren aufgenommen und pflanzt sich durch die Rezeption des römischen Rechts bis in das in großen Teilen Deutschlands geltende gemeine Recht fort ¹⁾.

Der in der Person liegende Grund umfaßt zum Beispiel auch den Fall der Krankheit. Für die gemeinrechtlichè Dienstmiete verbleibt es mithin bei der starren Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung wie im römischen Recht.

Allerdings hat sich in der Literatur des gemeinen Rechts ein Gedanke durchgesetzt, der diesen Satz tiefer erfassen möchte:

" Eine unbedeutende Verhinderung oder Unterbrechung der Dienste auf Seiten des Vermieters berechtigt den Mieter zu keinem Abzug" ²⁾.

Hier wird nicht auf den Grund der Verhinderung abgestellt, sondern auf das Maß ihrer Bedeutung für den Vertrag als Ganzes. Auch der Satz "Ohne Leistung keine Gegenleistung", kann seine Grundlage und nähere Ausgestaltung erst im Hinblick auf das ganze Vertragsverhältnis finden. Praktisch ist dieser konstruktiv wertvolle Gedanke wohl nur vereinzelt zum Tragen gekommen, zumal keine allgemeingültigen Maßstäbe für die Bedeutung der Arbeitsverhinderung im Vertragsverhältnis vorlagen. Immerhin hat er aber bei den Vorarbeiten zum heutigen BGB eine Rolle gespielt ³⁾.

IV) Im deutschen bzw. germanischen Rechtsraum spaltet sich die Entwicklung des Dienstrechts überhaupt, und damit auch der Lohnfortzahlung, von Anfang an in zwei große Linien.

1) Hedemann, Festschrift f. Rosenthal S. 185, 186; dort Bartolus, glossa non stetisse ad Dig. 19,2,19 § 9 A20, glossa personis, ad Dig. 19,2,15 § 6; vgl. RGZ 3/182

2) Sintenis, Allgemeines Civilrecht II S. 674; vgl. ferner Glück und Weber bei Kraher a.a.O. S. 131

3) Motive zum BGB II S. 463

1) Zunächst kannte das germanische Recht den Gefolgschaftsvertrag. Der freie Germane begab sich in ein lebenslanges Abhängigkeitsverhältnis zu einem Edlen. Er war der "mundschaft" des Herrn unterworfen, seine Rechtspersönlichkeit wurde von derjenigen des Herrn umschlossen. Manche Quellen sprechen auch von einem Gewaltverhältnis: "qui se in alterius potestate commendat" ¹⁾. Der freie Germane verpflichtete sich zu Gehorsam und Dienst. Er wurde in die Hausgemeinschaft aufgenommen; der Herr gewährte Unterhalt und Kleidung, sowie seinen persönlichen Schutz ²⁾.

Dieser Vertrag, nach Otto von Gierke "Treudienstvertrag", scheint sich vornehmlich auf Kriegsdienste bezogen zu haben. Tacitus berichtet, daß es als unehrenhaft galt, den Herrn in der Schlacht zu überleben ³⁾.

Das Gefolgschaftsverhältnis zeichnete sich durch eine starke persönliche Treubindung aus. Es gehört deshalb zu den ausgesprochen personenrechtlichen Vertragsverhältnissen. Ein Entgelt, einen Lohn im heutigen Sinne gab es jedoch nicht. Aus dem Gelöbnis lebenslanger Treue folgte die Pflicht, auch den kranken, an der Dienstleistung verhinderten Gefolgsmann zu unterhalten und zu kleiden. Diese Pflicht entfiel nur bei Vertragsbruch des Gefolgsmanns, der dann eine Vertragsstrafe zu entrichten hatte, ohne daß aber der Vertrag aufgehoben wurde ⁴⁾.

Der Gefolgschaftsvertrag ist eine einzigartige rechtliche Erscheinung geblieben. Er hat sich nur im Lehnswesen fortgesetzt. Auf die Dienstrechtsverhältnisse im deutschen Mittelalter hat sich sein Gedankengut nicht übertragen, weil diese sich auf dem Hintergrund ganz anderer Wirtschaftssysteme abspielten und auch in Bezug auf Vertragsdauer und Inhalt wesentliche Unterschiede zeigen ⁵⁾.

- 1) Sinzheimer, Grundzüge S. 120; formula Turonensis bei Loersch-Schroeder, Urkunden S. 1 Nr. 1; Herbst DAR 35/182
- 2) v. Gierke, Festschrift f. Brunner S. 39 f; Herbst a.a.O.; Sinzheimer a.a.O.; Mitteis, Deutsches Privatrecht 10 II
- 3) Germania Kap. 13-15
- 4) formula Turonensis a.a.O.
- 5) Sinzheimer a.a.O. S. 120 Anm. 3 unter Berufung auf v. Below; Ebel, Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht S. 110 und ZGStW 36/336; Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 147 Anm. 6; Siebert Das Arbeitsverhältnis S. 51 Anm. 3; a.A. v. Gierke, Festschrift f. Brunner S. 40

2) Die andere große Entwicklungslinie beginnt bei den Dienstleistungen der Unfreien. Wie bei allen Völkern des Altertums wurden auch in Deutschland für die niederen Arbeiten im Hause und auf dem Feld Sklaven verwendet ¹⁾. Hier, wie auch in den späteren Formen der Leibeigenschaft, wurde die Arbeit umsonst geleistet; der Herr beköstigte und kleidete seine Kriegsknechte und das Hausgesinde ²⁾. Daß er dies auch im Krankheitsfalle und bei kleineren persönlichen Verhinderungen tat, mußte in seinem eigenen Interesse liegen, da er die Arbeitskraft erhalten und nicht verlieren wollte ³⁾.

Erst später bürgerte sich die Sitte ein, die Dienenden zum Jahresschluß mit etwas Geld zu belohnen und ihnen zu bestimmten Festen Geschenke zu machen. Bedungenen Lohn gab es dann schon in den Fällen, in denen sich ein Freier zu Arbeiten wie ein Unfreier verdingte, oder wenn Hörige, die nur teilweise gebunden waren, sich für die freie Zeit verpflichteten. Der Lohn bestand aber fast ausschließlich in der Unterhaltsgewährung; d.h., es wurden nicht fest bestimmte Beträge an Geld oder Naturallohn geschuldet, sondern Wohnung und Kost nach den Bedürfnissen des Berechtigten. Noch im Mittelalter hatte der Knecht neben dem Unterhalt zusätzlich nur Anspruch auf ein Hemd und einige Schillinge Geld im Jahr ⁴⁾.

Bei dieser Lohngestaltung werden bei mehr oder weniger kurzer Arbeitsversäumnis keine Abzüge gemacht worden sein, zumal der Dienstverpflichtete zumeist auch in die Hausgemeinschaft aufgenommen war. Demgemäß finden sich in den Quellen auch fast nur Bestimmungen über die Lohnzahlung bei unvorhergesehener Beendigung des ganzen Vertragsverhältnisses, etwa beim Tode des Herrn, oder beim Entlaufen des Knechtes aus dem Dienst ⁵⁾.

1) Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer S. 494; v. Gierke a.a.O.

2) Grimm a.a.O.

3) Kleeis, Die Geschichte der sozialen Versicherung in Deutschland S. 20

4) Kleeis a.a.O.

5) Sachsenspiegel I 22 § 2; II 32 §§ 2,3 und 33; Urteil der Magdeburger Schöffen, Loersch-Schroeder, Urkunden Nr. 330

B) Dienstrechtsverhältnisse im deutschen Mittelalter

Im Mittelalter mußte mehr und mehr auf die Dienstleistung durch Freie zurückgegriffen werden. Naturgemäß rückt nun die freie Verpflichtung in den Vordergrund, der Dienstpflichtige "vermytet sich selbir" ¹⁾.

Hier bot das römische Recht später mit seinem klaren System von Leistung und Gegenleistung eine passende Rechtsform: der Dienstvertrag wird Schuldvertrag. Allerdings wird er im Gegensatz zur romanistischen Auffassung zugleich durchaus als Arbeitsgemeinschaft gesehen. Zusammen mit der vielfach erfolgten Aufnahme in die Hausgemeinschaft äußerte sich das in mehr oder minder starken Treu- und Fürsorgepflichten ²⁾.

Wegen dieser Treubeziehung hatte der Dienstherr dann auch für seinen erkrankten Dienstpflichtigen zu sorgen.

I) Diese Fürsorge des Dienstherrn muß aber von der Lohnzahlung deutlich unterschieden werden.

Bestand der Lohn in der Gewährung von Unterhalt, so fielen die Leistungen aus der Fürsorgepflicht und die aus der Lohnzahlungspflicht zusammen. War jedoch außer der Unterhaltsgewährung noch ein Geldlohn vereinbart, so mochte der Dienstherr dem Kranken wohl Kost und Wohnung belassen und ihn gepflegt haben. Es steht aber keineswegs fest, daß er ihm auch den vollen Lohn zahlen mußte, wenn er selbst nicht die volle Arbeitsleistung erhielt.

Dagegen würde schon der Einfluß römischrechtlicher Vorstellungen sprechen. Aber auch deutsche Rechtsgedanken stehen dagegen, wie sie etwa in den folgenden Rechtssprichwörtern im Volke lebendig waren:

" So gedient, so gelohnt; Die Arbeit trägt den Lohn auf dem Rücken; Arbeit und Lohn müssen immer gleich stohn; Wer nicht arbeitet soll nichts haben". ³⁾

1) v. Gierke a.a.O. S. 44; Ebel a.a.O. S. 110; Sachsenspiegel II 33

2) Sachsenspiegel II 33; Ebel a.a.O. S. 30, 87, 112 u. ZGStW 36/336

3) Graf-Diether, Deutsche Rechtssprichwörter Nr. 192, 238, 240, 244 S. 178 265 266

In der Regel müßte nach diesen Grundsätzen bei Dienstverhinderungen, auch bei Krankheit, eine Lohnfortzahlung unterblieben sein.

II) Daß der Dienstherr jedoch zur Fürsorge verpflichtet war, läßt sich für alle drei Gruppen der mittelalterlichen Arbeitsverträge nachweisen, für die Handwerker, die gewerblichen Arbeitnehmer und das Gesinde. Der tragende Grundgedanke kommt dabei in der Handwerksordnung von Freiberg in Sachsen aus dem Jahre 1511 beispielhaft zum Ausdruck ¹⁾:

"Denn hat er Ine gehalten in gesuntheit,
so hat er Ine auch in kranknöthen".

Der Dienstherr "hält" den Dienstpflichtigen. Er hat ihn fest angestellt. Es entsteht eine dauerhafte, feste Beziehung, die durch Krankheit nicht unterbrochen wird. Gehören nun auch nicht alle Arbeitsverträge des Mittelalters zum Standesrecht, so findet sich doch in den meisten eine Anlehnung an diesen status - Gedanken.

1) Die Rechtsverhältnisse der Handwerker sind allerdings wesentlich im Rahmen der genossenschaftlichen Berufszusammenschlüsse, der Zünfte zu sehen. Die Zünfte hatten eine beherrschende Stellung. Sie waren selbst zur Fürsorge für die erkrankten Zunftmitglieder verpflichtet. Gesellenbruderschaften, die Vorläufer der berufsgenossenschaftlichen Krankenversicherung, hatten durch Zahlungen aus der Bruderschaftskasse, der "Büchse" zu helfen ²⁾.

Noch nach dem erst 1845 aufgehobenen Abschnitt II Titel 8 § 353 des preußischen ALR von 1794 trug die Gewerbekasse ohne Rücksicht darauf, ob der Geselle in Arbeit stand oder nicht, die Kosten für Kur und Verpflegung bei Krankheit. Eine Bestimmung über die Lohnfortzahlung fehlt.

Die Zünfte verpflichteten jedoch auch die Meister zu Leistungen für ihre meist zur Hausgemeinschaft gehörenden

1) Kleeis a.a.O. S. 26; Wissel, DRV 27/138; zum status-Gedanken bes. Koch-Hinschius ALR III S. 518 Anm. 46; vgl. Nikisch, Arbeitsrecht 2. Aufl. I S. 501, 502 Anm. 1

2) Ebel a.a.O. S. 110, 111, 63; Kleeis a.a.O. S. 23, 26

Gesellen. Der Geselle hatte hauptsächlich Anspruch auf Unterhaltsleistungen, auf "häusliche Pflege und Wartung", nach der Straßburger Zimmerrolle Anspruch auf "essen und trinken" (1478) ¹⁾. Das Hamburger Stadtrecht von 1270 enthält sogar eine Bestimmung über die Lohnfrage ²⁾:

"Is een man in enes mannes deneste, unde schut eme wat van ungelucke an synem live, ofte an siner sunt in sines heren deneste, de here schal eme geven sin vulle lon, edder mer ofte he wil".

2) Bei der zweiten Gruppe der mittelalterlichen Arbeitsverträge fehlt vor allem die Aufnahme in die Hausgemeinschaft, es handelt sich um die Verträge der Bergarbeiter und Schiffer oder ähnlicher Berufsgruppen. Dennoch erweisen die Quellen Fürsorgeverpflichtungen des Arbeitgebers, aber keine Lohnfortzahlungspflicht ³⁾.

Vor allem bei den Bergarbeitern erscheint die Fürsorge schon gar nicht mehr als selbstverständliche Folge des Vertragsverhältnisses, sondern eher als gesetzliche Last ⁴⁾. Oft hatte nicht der Arbeitgeber als solcher, sondern der Betrieb für den Hilfsbedürftigen zu sorgen ⁵⁾. So bestimmt Art. 82 der Bergordnung für das Herzogtum Grubenhagen von 1593 ⁶⁾:

"und so ein Arbeiter in der Gruben oder an anderer Gewerken Arbeit an Gliedmaßen mit Arm- oder Beinbrechen oder dergleichen Fällen Schaden nimpt, so soll demselben von der Zechen, ob die fündig wäre acht Wochen das Lohn- und Arztgeld folgen, aber auf anderen Zechen, die da nicht fündig, sondern mit Zubeuß gebawt werden, die sollen dem Arbeiter 4 Wochen sein Lohn und das Arztgeld entrichten"

Für die weitere Fürsorge trat dann die Knappschaftskasse, eine genossenschaftliche Hilfe, in den Vordergrund ⁷⁾. Neben dieser Hilfe und den Fürsorgeverpflichtungen des Arbeitgebers ist aber eine Lohnfortzahlung wohl vereinzelt.

1) Kleeis a.a.O. S. 24,26; Wissel a.a.O.

2) Wissel a.a.O. S. 138; ebenso das Bremer Recht 1428

3) Ebel a.a.O. S. 86

4) Ebel a.a.O. S. 87

5) Kleeis a.a.O. S. 25; Kuttenger Bergo 13. Jahrhundert

6) bei Brackmann, Handbuch d. Sozialversicherung S. 86

7) Ebel a.a.O. S. 63; Kleeis a.a.O. S. 26

3) In einer dritten Gruppe faßt man die Gesindeverträge zusammen. Hier hat sich insbesondere eine Art patriarchalischer Gewaltunterworfenheit erhalten ¹⁾. Bei ihnen hat der Gedanke der Fürsorge besonders bei Erkrankungen immer im Vordergrund gestanden ²⁾. Die Fürsorgepflicht, die hauptsächlich in der Form der Unterhaltsgewährung erfüllt wurde, hat man allerdings häufig als Schadensersatz aufgefaßt. Das war berechtigt, weil Krankheit und Unfall oft durch die Dienstleistung selbst oder in ihrem Zusammenhang entstanden. Dann mußte der Dienstherr für die Wiedergutmachung eintreten ³⁾. Durch die Fürsorgeverpflichtungen war der Dienstherr meist schwer belastet, so daß eine Lohnfortzahlung in der Regel unterblieben sein wird ⁴⁾.

So findet sich erst in der naturrechtlichen Kodifikation des preußischen ALR eine Regelung über die Lohnfortzahlung. Diese galt jedoch gegenüber den Gesindeordnungen der einzelnen Provinzen nur subsidiär. Die pr. Gesindeordnung vom 8.11.1810 übernahm diese Vorschriften dann fast wörtlich mit allgemeiner Geltung. Das ALR unterscheidet in II Titel 5 §§ 86 und 88 zwischen Krankheiten, die durch den Dienst oder solchen, die außerhalb entstanden sind:

- § 86 Zieht ein Dienstbote sich durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben eine Krankheit zu, so ist die Herrschaft schuldig, für seine Kur und Verpflegung zu sorgen.
- § 87 Dafür darf dem Gesinde vom Lohn nichts abgezogen werden.
- § 88 Außerdem ist die Herrschaft zur Vorsorge für kranke Dienstboten nur alsdann verpflichtet, wenn dieselben keine Verwandten in der Nähe haben, die sich ihrer anzunehmen vermögend und nach den Gesetzen schuldig sind.
- § 91 In dem § 88 bestimmten Falle kann die Herrschaft die Kurkosten von dem auf diesen Zeitraum fallenden Lohne des kranken Dienstboten abziehen.

Bei Berufskrankheiten ist der Dienstherr also zur Vorsorge verpflichtet, die in der Gewährung von Kur und Kost bestand. Bei anderen Krankheiten war er nur subsidiär verpflichtet.

1) v. Gierke a.a.O. S. 43

2) Hedemann, Festschrift f. Dahn S. 165; v. Gierke a.a.O. S. 46

3) vgl. Stobbe-Lehmann, Handbuch III S. 456 Anm. 39

4) Stier-Somlo, RVO I I; Koch-Hinschius ALR III S. 517 A.44, auch Suarez bezeichnete die Fürsorgepflicht als Anomalie als vielfach drückende Last ruinösen Charakters.

Eine ausdrückliche Bestimmung über die Lohnfortzahlung scheint das Gesetz nicht zu enthalten. Die §§ 87 und 89 gehen jedoch davon aus, daß der Lohn während der Krankheit weitergezahlt werden muß. Nur im Falle der subsidiären Haftung darf von dem auf diese Zeit entfallenden Lohn ein Teil der Kosten abgezogen werden (§ 91) ¹⁾. Eine Lohnfortzahlungspflicht bestand also in allen Fällen, in denen die Herrschaft bereits zur Vorsorge verpflichtet war ²⁾.

War die Herrschaft von der Vorsorgepflicht frei, weil unterhaltspflichtige Verwandte des Dienstboten vorhanden waren, so geht eine Lohnfortzahlungspflicht aus dem Gesetz nicht hervor. Die herrschende Meinung versagte dem Dienstboten deshalb jeden Anspruch. Mangels einer gesetzlichen Vorschrift hätte sich ein Lohnfortzahlungsanspruch aus dem Vertragsverhältnis selbst ergeben müssen. Im Gesindevertrag sah man jedoch eine reine Obligation. Ein Teil der Lehre bejahte den Anspruch demgegenüber, da

"nach den Grundsätzen des LR ... das Gesindeverhältnis zu den standesrechtlichen zählt (nach den Grundsätzen der bloßen Dienstmiete ist die andere Meinung die richtige) ... " ³⁾.

Auch für die moderne Entwicklung ist es wichtig, daß hier ein Lohnfortzahlungsanspruch aus dem status - Gedanken heraus bejaht wird und daß andererseits deutlich zwischen Lohnfortzahlung und Vorsorge durch Kur und Kost unterschieden wird.

Der pr. Gesindeordnung ähnliche Bestimmungen enthalten die kgl. sächsische Ges.O. vom 10.4.1835, für Hohenzollern die Gesetze vom 31.1. und 31.12.1843 sowie die Lübecker Ges.O. vom 25.6.1862. Dagegen sehen die badische Ges.O. vom 3.2.1868, die Dienstbotenordnung für Waldeck vom 14.3.1850, die Ges.O. Rheinlande vom 18.8.1844, die Frankfurter Ges.O. vom 5.3.1822 und für Hessen-Nassau das Edikt vom 15.5.1819 nur Unterhaltspflichten, keine Lohnfortzahlung vor ⁴⁾.

1) Koch-Hinschius III S. 518 Anm. 45, S. 519 Anm. 49

2) Dies wird bei Fluhr a.a.O. S. 14 nicht klar.

3) Koch-Hinschius III S. 518 Anm. 46, 44; a.A. OLG Marienwerder, Suarez, Struben daselbst

4) Quellen bei Kleeis a.a.O. S. 48, 76, 77 und Rosin, Recht der Arbeiterversicherung S. 2 ff

C) Die Entwicklung der modernen Bestimmungen

Für einzelne Berufsgruppen haben sich in der Rechtsentwicklung schon recht bedeutende Fürsorgeansprüche ergeben, teilweise sogar Ansätze für eine Lohnfortzahlung bei geringfügigen Verhinderungen.

Aber aus dem geringen sozialen Verständnis besonders des 18. und 19. Jahrhunderts heraus ist es zu verstehen, daß selbst gesetzlich anerkannte Ansprüche praktisch nur sehr schwer durchgesetzt werden konnten. Hierauf hat der Abgeordnete Stadthagen noch bei der Beratung des § 609 a des 2. Entwurfs eines BGB im Reichstag hingewiesen ¹⁾.

Noch bei der Beratung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts im Jahre 1864 findet sich in den Protokollen keine Erwähnung des Gedankens einer Lohnfortzahlung. Man ging einfach davon aus, daß der Lohnanspruch nach den Regeln über die gegenseitigen Verträge wie bei der römisch-rechtlichen Obligation entfallen mußte ²⁾.

I) Im Gegensatz zum römisch-gemeinrechtlichen Einfluß hat sich zuerst im Handelsrecht eine generelle Lohnfortzahlung bei unverschuldetem Unglück des Dienstpflichtigen durchgesetzt. Art. 60 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, das 1861 in einigen Bundesländern in Kraft trat, lautet:

" Ein Handlungsgehilfe, welcher durch unverschuldetes Unglück an der Leistung seiner Dienste verhindert ist, geht seiner Ansprüche auf Gehalt und Unterhalt nicht verlustig".

Die Vorschrift war vorbildlich für den ganzen deutschsprachigen Raum. Sie geht zurück auf Art. 59 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten von 1857. Er knüpft damit unmittelbar an deutsch-rechtliches Gedankengut an, wie es in den behandelten gesinderechtlichen Kodifikationen enthalten war ³⁾.

1) Mugdan II S. 1343, 1344

2) Protokolle S. 2283 ff, 2288

3) Erbler, DAR 38/286; die Bestimmung ist in der Kommission der Bundesversammlung fast gar nicht diskutiert worden, Lutz, Protokolle S. 101

II) Die erste allgemeine Bestimmung, die nicht auf das Sonderrecht bestimmter Berufsgruppen beschränkt war, brachte Art. 341 Abs. 1 des schweizerischen Obligationenrechts von 1881. Sie lautet in der Fassung des Gesetzes vom 30.3.1911 (Art. 335):

"Bei einem auf längere Zeit abgeschlossenen Dienstvertrag hat der Dienstverpflichtete, wenn er an der Leistung der Dienste durch Krankheit oder ähnliche Gründe verhindert wird, gleichwohl für eine verhältnismäßig kurze Zeit Anspruch auf Lohnzahlung".

Charakteristisch ist die Beschränkung auf Dienstverhältnisse von längerer Dauer, sowie die Gewährung eines ausdrücklichen Lohnanspruchs. Die Regelung beruht auf dem Gedanken, daß der Lohn als Gegenleistung für die Gesamttätigkeit des Arbeitnehmers während der Dauer des Arbeitsverhältnisses anzusehen ist, und daß deshalb bei einer kurzen Unterbrechung ein Abzug nicht angeht ¹⁾. In Rechtsprechung und Lehre ist daher auch nur streitig geworden, was unter dem Begriff "verhältnismäßig kurze Zeit" zu verstehen ist ²⁾.

III) In Österreich kannten die älteren Kodifikationen, auch das ABGB von 1811 keine Abweichung vom römisch-rechtlichen System ³⁾. Erst durch die Teilnovelle von 1916 wurde der von deutschen Vorbildern beeinflusste § 1154 b eingefügt. Der Dienstnehmer behält danach seinen Anspruch auf Entgelt, wenn er bereits 14 Tage Dienst geleistet hat, jedoch nicht über eine Woche hinaus. § 1154 b ABGB ist bewußt als Ausnahme von den Regeln über die gegenseitigen Verträge gekennzeichnet, gewährt aber in positiver Formulierung einen Anspruch auf "das Entgelt" ⁴⁾.

In Deutschland enthielt das Arbeiterschutzgesetz vom 1.6.1891 in § 133 c Abs. 2 GewO eine Sonderrechtsbestimmung, die ebenfalls eine Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung vorsah ⁵⁾. Ihr folgte am 18.7.1909 der § 90 a des preußischen Berggesetzes. Bereits vorher hatte sich aber schon eine Lohnfortzahlung in allgemeiner Form im bürgerlichen Recht durchgesetzt.

1) Oser-Schönenberger, Obligationenrecht S. 1254

2) Sontheim, Lohnanspruch des Dienstpflichtigen S. 13 ff

3) Hedemann, Festschrift für Rosenthal, S. 188

4) Adler-Höller, ABGB § 1154 b Anm. 2

5) Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung Einl. S. 17

IV) Die erste Kommission des Bundesrates zur Beratung eines Entwurfs eines BGB sah in § 562 des 1. Entwurfs eine allgemeine Regelung der Lohnfortzahlung vor. In den Motiven wird sie als Abweichung von den Regeln über die gegenseitigen Verträge gekennzeichnet ¹⁾, ferner wird sie an die Vorbilder der Art. 60 ADHGB und 341 des schweizerischen Obligationenrechts angelehnt.

Auf den gemeinrechtlichen Gedanken, daß eine unbedeutende Unterbrechung der Leistung die Gegenleistung nicht mindern dürfe, wird hingewiesen. Schließlich wird angeführt, der Dienstherr müsse bei jedem Dienstverhältnis von vornherein mit der Möglichkeit verhältnismäßig geringfügiger Verhinderungen des Verpflichteten rechnen ²⁾.

Zu den mehr ideellen Gründen für die Einfügung gehören "sozialpolitische Rücksichten und Gründe der Humanität". Auch ist die Lohnfortzahlung in den Protokollen in Bezug auf die gesetzliche Krankenversicherung als "weitergehende Fürsorge" bezeichnet ³⁾.

In der ersten Lesung des Entwurfs im Reichstag äußerte Geheimrat Planck, die Vorschrift sei geschaffen, um auch die schwächeren Volksschichten zu berücksichtigen ⁴⁾. Zu den sozialpolitischen Schutzvorschriften, die man unabdingbar gestaltete, gehört aber § 562 des 1. Entwurfs (§ 616 BGB) nach der Auffassung des Gesetzgebers, wie sie in den Protokollen zum Ausdruck kommt, nicht ⁵⁾. Dies war sicherlich ein Hauptgrund dafür, daß § 562 im Gegensatz zu fast allen anderen heißumkämpften Bestimmungen über den Dienstvertrag in der 2. und 3. Lesung im Reichstag ohne Debatte angenommen wurde ⁶⁾.

1) Mugdan S. 258

2) Protokolle II S. 280; Mugdan S. 899, 258; diese Gründe übersieht z.B. der BGH NJW 56/1473

3) Mugdan S. 901

4) Reichstagsprotokolle 1896, 31. Sitzung S. 737 D

5) Mugdan S. 907; vgl. Scheiff, muß der Arbeitgeber Lohn zahlen .. ?, S. 6 ff

6) Reichstagsprotokolle 1896, 111. und 117. Sitzung

D) § 616 BGB in der Sicht der Motive

Für die Auslegung des § 616 BGB ist die Entstehungsgeschichte von großer Bedeutung. Besonders die Motive werden zur Stützung der verschiedensten Ansichten herangezogen. Wie bereits erwähnt, wird die Lohnfortzahlungspflicht als typischer Bestandteil der deutschrechtlichen Fürsorgepflicht gewertet; zum Teil stützt man sich dabei auf den Satz der Motive, die Bestimmung beruhe auf "sozialpolitischen Rücksichten und auf Gründen der Humanität" ¹⁾. Auch daß § 616 BGB eine Schutzvorschrift sei, wird aus dieser Motivstelle gefolgert ²⁾. Schließlich will man dem Satz der Motive, die Bestimmung enthalte eine "Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen", entnehmen, § 616 sei eine ausgesprochene Ausnahmenvorschrift ³⁾.

Entstehungsgeschichte und vor allem auch die Motive genügen jedoch nicht zur Begründung dieser Ansichten; ja sie ergeben zum Teil sogar das Gegenteil.

I) Daß deutschrechtliches Gedankengut bei der Schaffung des § 616 BGB eine Rolle gespielt hat, ist angesichts des Vorbildes in Art. 60 ADHGB nicht zu bestreiten ⁴⁾. Daraus folgt aber noch nicht, daß die Lohnfortzahlung ihre Grundlage im Fürsorgegedanken finden muß. Trotz der großen Bedeutung der Treu- und Fürsorgepflichten im deutschen Mittelalter ist eine Lohnfortzahlung dem deutschen Recht keineswegs selbstverständlich. Auch hier galt ja der Satz: "Arbeit und Lohn müssen immer gleich stohn" ⁵⁾. Auch das preußische ALR unterscheidet deutlich zwischen "Vorsorge" und Lohnfortzahlung. Dem mittelalterlichen Gemeinschaftsdenken und den Treu- und Fürsorgepflichten sind jedenfalls mehr die in den Quellen zahlreich nachzuweisenden Ansprüche auf

1) BGH NJW 56/1473; Fluhr a.a.O. S. 13-15, 17; Erbler, DAR 38/286 a

2) BGH NJW 56/1473

3) Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 307; Fluhr a.a.O. S. 16; Dersch, RDA 52/56; Reinicke NJW 55/1383

4) Erbler, DAR 38/286; s.o. C I

5) s.o. B I S. 10

auf Unterhalt, auf Kur und Kost zuzuordnen. Ein berechtigter Ansatzpunkt wäre allerdings die Tatsache, daß sich die Lohnzahlung selbst teilweise aus der Unterhaltsgewährung entwickelt hat.

Was aber sozialpolitische Rücksichten und humanitäre Gründe mit dem rechtlichen Charakter des in § 616 BGB enthaltenen Anspruchs zu tun haben sollen, ist nicht recht verständlich. Sie sind dem Rechtsgedanken der Fürsorgepflicht nicht verwandt; bestenfalls haben sie Gründe für die Aufnahme der Norm über die Lohnfortzahlung in das BGB abgegeben, für den dogmatischen Gehalt der Norm sind sie jedoch unergiebig ¹⁾.

II) Gleiches gilt für den Schutzgedanken. Für die Auslegung ist in erster Linie der im Wortlaut des Gesetzes erkennbar zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers maßgebend. Dieser hat nun § 616 BGB nicht unabdingbar gestaltet, wie er das bei den Vorschriften mit ausgesprochenem Schutzzweck sonst getan hat. Hieran können die Gesetzesmaterialien nichts entscheidend ändern.

III) Auch der Gedanke, § 616 BGB sei eine eng auszulegende Ausnahmenvorschrift ²⁾ findet im Gesetz selbst keine hinreichende Stütze. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, daß diese Vorschrift etwas anderes bestimmt als § 323 BGB. Daraus folgt aber noch nicht, daß § 616 gegenüber dem § 323 BGB eine untergeordnete Ausnahmenvorschrift ist. In diesem Zusammenhang wird zudem regelmäßig nur die bereits herangezogene Bemerkung der Motive angeführt. Demgegenüber enthalten die Motive noch eine Reihe weiterer Anhaltspunkte für die dogmatisch-systematische Konstruktion der Vorschrift, die zu anderen Ergebnissen führen.

1) Lehmann, JZ 55/459; Taube VersR 56/139, 140
2) s.o. und BAG NJW 60/1686; BAG GS NJW 60/741

1) Ein wichtiger zusätzlicher Anhaltspunkt für die Auffassung des Gesetzgebers in dogmatisch-konstruktiver Hinsicht ist zum Beispiel der Satz ¹⁾:

"... und auch gemeinrechtlich wird vielfach angenommen, daß eine unbedeutende Verhinderung nicht zu einem Abzuge berechtige".

Der Gedanke der unbedeutenden Verhinderung liegt auch dem schweizerischen Art. 335 ObligR und § 616 in der schließlich gewählten Fassung zu Grunde. Für Art. 60 ADHGB hat er dagegen keine Rolle gespielt.

Der Gedanke ist im Grunde allgemeiner Natur. Was unbedeutend, verhältnismäßig kurz oder verhältnismäßig nicht erheblich ist, kann sich nur durch Vergleich mit der Gesamtleistung des Dienstverpflichteten ergeben. Für alle gegenseitigen Verträge fragt es sich, ob ganz unbedeutende Leistungsverkürzungen anzurechnen sind; dabei ist auch auf die §§ 542 Abs. 2 und 634 Abs. 3 BGB hinzuweisen. Mit Recht schreibt Kisch ²⁾:

"..., daß, wenn die Leistung nur zu einem unerheblichen Teil unmöglich wird, eine Minderung der gegenüberstehenden Verpflichtung regelmäßig überhaupt nicht eintritt. Der Satz ist zwar nur für den Dienstvertrag ausgesprochen (scil. § 616), wird aber wohl zu verallgemeinern sein".

Wird die Leistung nur unbedeutend verkürzt, so bleibt die Gegenleistung in ihrem ursprünglichen Umfange voll erhalten. Es erfolgt eben von vornherein kein Abzug, kein Verlust, keine Minderung. So gesehen gibt § 616 BGB nur Anhaltspunkte dafür, wann eine im Verhältnis zur Gesamtleistung unbedeutende Verhinderung vorliegt. Damit ist aber eher eine Frage des Maßes, als die eines systemwidrigen Eingriffs durch eine Ausnahmenvorschrift angeschnitten.

2) Ein Ausnahme- und Schutzcharakter läßt sich auch schwerlich aus der Entstehungsgeschichte herleiten.

Es ist schon nicht richtig, die Einfügung der Vorschrift in Zusammenhang mit der deutschrechtlichen und sozialen Kritik

1) Motive II S. 463

2) Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 7, Heft 2 S. 1 ff., S. 182 III, vgl. daselbst Anm. 40

Otto v. Gier's am Entwurf zum BGB zu bringen ¹⁾.

Der 1. Entwurf sah in § 562 ja eine Lohnfortzahlung vor. Nur gegenüber dem sogenannten Dresdner Entwurf und seinem romanistischen System erscheint eine Lohnfortzahlung als singuläres Einschlebsel.

Im Dresdner Entwurf war eine Lohnfortzahlung nicht vorgesehen. Die I. Kommission hat sich aber schon in den Vorarbeiten sehr wohl Gedanken über die hier in Betracht kommende Fallgruppe gemacht. Sie hat jedoch die Lösung nicht in einer gesetzlichen Regelung, sondern in einer anderen Richtung gesucht. In den Materialien ²⁾ findet sich vor allem der Gedanke der unbedeutenden Verhinderung im Verhältnis zur Gesamtleistung. Dann heißt es weiter:

" Bei Dienstverträgen namentlich, die auf längere Zeit geschlossen sind, wird es häufig im Sinne des Vertrages liegen, daß kurze Unterbrechungen, wie sie während einer längeren Zeit fast immer vorkommen, zu einem Abzuge nicht berechtigen".

Der Vertrag selbst sichert den Dienstpflichtigen; der Vertrag soll unabhängig von einer gesetzlichen Regelung seinem wohlverstandenen Sinne nach eine Lohnfortzahlung ermöglichen. Sehr genau sind dabei der objektive Sinngehalt des Vertrages, das Dauermoment bei Dienstverträgen, die Nicht - Minderung der Gegenleistung und auch der Risikogedanke erkannt, nach dem eine fast immer und in aller Regel zu erwartende Verhinderung zu Lasten des Dienstnehmers gehen soll. Und das bei den Vorarbeiten zu einem romanistischen Entwurf.

3) In den Materialien der I. Kommission findet sich ferner ein weiterer konstruktiver Gedanke. Es wird auf eine Entscheidung des ROHG vom 30.11.1875 verwiesen. Dort handelte es sich um den Gehaltsanspruch eines erkrankten Direktors einer Gesellschaft. Auf ihn war der

1) so aber Dersch RDA 49/325, 330; RDA 52/53, 57; Gierke, Der Entwurf eines BGB S. 245 ff, 191, geht auf die Lohnfortzahlung überhaupt nicht ein. Er tadelt nur allgemein die mangelnden sozialrechtlichen Bezüge des Obligationenrechts (S. 191).

2) Entwurf e. Obligationenrechts, Begr. Band II Dienstverdingung S. 52

bereits bestehende Art. 6o ADHGB nicht anwendbar. Das ROHG ¹⁾ hat dem Anspruch auf Gehaltsfortzahlung dennoch stattgegeben, einmal, weil es auf eine unbedeutende Verhinderung nicht ankommen sollte, und zum anderen, weil sich bei diesem Rechtsverhältnis

"Leistung und Gegenleistung nur als Ganzes, nicht als rätirliche Praestationen gegenüberstehen".

Stehen sich Arbeitsleistungspflicht und Vergütungspflicht jeweils als Ganzes gegenüber, dann sind sie auch in dieser Form synallagmatisch verknüpft. Fällt ein Teil der Leistungspflicht weg und hält § 616 BGB den gegenüberstehenden Teil aufrecht, so kann es sich bei dem Lohnfortzahlungsanspruch nur um einen Anspruch auf die Gegenleistung handeln, nicht aber um eine Fürsorgeleistung.

4) Aus allem geht hervor, daß man das Problem der Lohnfortzahlung aus dem besonderen Wesen des Vertrages heraus zu lösen versuchte. Der Gedanke der im Verhältnis zur Gesamtleistung unerheblichen Minderung hat dabei durchaus im Vordergrund gestanden. Er weist im Verein mit den anderen Anhaltspunkten und der schließlichen Fassung des Gesetzes darauf hin, daß der Gesetzgeber am Synallagma von Leistung und Gegenleistung festhalten und dem Dienstpflichtigen einen echten Lohnanspruch bei kurzen Leistungsverhinderungen geben wollte.

Das schließt nicht aus, daß zusätzlich auch noch verschiedenen anderen Gründen rechtspolitischer Art bei der Einfügung des § 562 in den Entwurf nachgegeben werden mußte. Aber man hat die Lohnfortzahlung keineswegs als Anomalie empfunden und sie etwa für unvereinbar mit dem Gesetzssystem gehalten. Vielmehr hat man eher eine gesetzliche Regelung für überflüssig gehalten, weil der Vertrag selbst, und damit das Gegenseitigkeitsverhältnis der Hauptpflichten, eine Lohnfortzahlung aus sich heraus möglich machten.

1) ROHGE 19/61: normale Arbeitsverträge sind allerdings ausdrücklich ausgenommen, wenn sie nur auf kurze Zeit berechnet waren.

Zweiter Teil:

Dogmatische Erfassung des § 616 BGB.

A) Lohnfortzahlung im Rahmen des gegenseitigen Vertrages (Entgeltgedanke) .

I) Nach Wortlaut und historischer Entwicklung gehört die Lohnfortzahlung in das bürgerliche Recht. Sie ist auch immer im Zusammenhang mit dem Recht der gegenseitigen Verträge gesehen worden. Wegen dieses Zusammenhangs ergeben sich gewisse Schwierigkeiten in der dogmatischen Erfassung.

Deshalb leugnet eine Gruppe von Meinungen überhaupt eine Verbindung der Lohnfortzahlung mit den Regeln über die gegenseitigen Verträge. Sie sieht in § 616 BGB einen spezifisch arbeitsrechtlichen Grundsatz, der an sich nicht in den Rahmen des bürgerlichen Schuldrechts hineingehöre ¹⁾.

1) Diese Auffassung setzt jedoch voraus, daß der Arbeitsvertrag ganz aus dem System der ersten beiden Bücher des BGB gelöst werden kann.

Das BGB hat aber den Arbeitsvertrag erkennbar als Unterart des Dienstvertrages aufgefaßt. Dies ergeben die §§ 617-619, 624, 629, 630, die ihrem inneren Wesen nach nicht auf all Dienstverträge zugeschnitten sind ²⁾. Besonders die fürsorge rechtlichen Bestimmungen passen nur zur abhängigen Arbeitsleistung, zum Teil ist sogar die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft vorausgesetzt. Hat das Gesetz aber den Arbeitsvertrag mit regeln wollen, so geht es nicht an, das Gesetz als Ganzes beiseite zu schieben ³⁾.

§ 2 des AOG mag einer solchen Auffassung einmal eine berechtigte Stütze gegeben haben; aber selbst während seiner Geltung hat man sich nicht restlos vom BGB trennen wollen ⁴⁾. Nach dem Fortfall des AOG findet sich ein entsprechender Grundsatz in der heutigen Rechtsordnung nicht. Allerdings ist auch heute jeweils zu prüfen, ob nicht einzelne Vorschriften übergeordneten Rechtssätzen, etwa des Verfassungsrechts, widersprechen. Mit dieser Einschränkung sind nach der herrschenden Meinung die Vorschriften des BGB grundsätzlich anwendbar auf das Arbeitsvertragsverhältnis. Nur bei einzelnen Vorschriften kann gefragt werden, ob eine Abweichung erforderlich und rechtlich haltbar erscheint ⁵⁾.

1) vgl. Fluhr a.a.O. S. 16 u.17; Denecke RGRK 10.Aufl.Vorb. III, 2 vor § 611 BGB; LAG Stuttgart AP-Nr. 2 § 611 BGB - Haftung des Arbeitnehmers -.

2) Stoll, DAR 34/204; Staudinger-Nipperdey 10. Aufl.Vorb. 2 vor § 611 BGB

3) vgl. aber LAG Stuttgart a.a.O.

4) vgl. Siebert, Das Arbeitsverhältnis S. 68

5) RAG ARS 37/237 Anm. Hueck, 38/43; Hueck-Nipperdey a.a.O.

2) Im Anschluß an die Rechtsprechung des RAG wird vielfach die Auffassung vertreten, § 323 BGB sei für den Arbeitsvertrag nicht anwendbar ¹⁾. Diese These beruht auf folgendem Gedankengang des RAG: Die allgemeinen Regeln des BGB sehen nur den Fortfall oder das Bestehenbleiben der Gegenleistung bei unterbliebener Leistung vor. Beim Arbeitsverhältnis hingegen erfordern Billigkeit und soziales Empfinden häufig ein zeitweiliges oder teilweises Fortbestehen der Gegenleistung ²⁾. Demgegenüber erscheint es fraglich, ob es sich bei so undeutlichen Begriffen, wie etwa dem des sozialen Empfindens, auch um dogmatisch verwertbare Rechtsbegriffe handelt. Vor allem aber legt das RAG den für sich genommen sicherlich starren Regeln der §§ 323 ff BGB eine Bedeutung zu, die ihnen auch im BGB nicht zukommt. Gerade § 616 BGB beweist doch, daß der Gesetzgeber an eine starre Regelung nicht gedacht hat. Auf die Tatsache, daß sich § 616 BGB nicht einmal gegen § 323 Abs. 1 erster Halbsatz wendet und auch nicht gegen den Satz "Ohne Arbeit kein Lohn", wird noch näher einzugehen sein.

Schon an dieser Stelle kann aber festgestellt werden, daß sich gegen die grundsätzliche Rechtsfolge des § 323 BGB und den Satz "Ohne Arbeit kein Lohn" im Arbeitsvertragsverhältnis nichts einwenden läßt. Dieses Ergebnis entspricht nicht nur dem Gesetz ³⁾ und deutschrechtlichen Gedanken ⁴⁾, sondern in seiner allgemeinen Fassung auch den Anschauungen der Vertragsparteien. Er verstößt nicht von vornherein gegen die Erfordernisse der abhängigen Arbeit; daher würden auch allgemeine Grundgedanken des Arbeitsrechts zu den Regeln der §§ 323, 324 BGB führen ⁵⁾.

1) Denecke a.a.O.; Fluhr a.a.O.; vgl. auch Soergel-Hahne 8. Aufl. Vorb. 6 vor § 323 BGB; RAG ARS 37/230, 40/351, 43/168; dagegen: BGHZ 10/190; Nikisch, Arbeitsrecht 2. Aufl. I S. 243 Ziff. 2, 344; Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 118, 201 Anm. 37 und RDA 53/479

2) RAG ARS 37/ 237

3) §§ 614, 616; Staudinger-Nipperdey a.a.O. § 614 Anm. 25, § 616 Anm. 2

4) s. Hauptteil I B I

5) Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 201 Anm. 37, 297, 298; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht 5. Aufl. S. 162

Der Charakter des Arbeitsvertrages erlaubt, daß sich das Gegenseitigkeitsverhältnis von Leistung und Gegenleistung, von Arbeit und Lohn, im allgemeinen in der Rechtsfolge des § 323 BGB äußert.

§ 616 BGB ist nach seiner Wortfassung erkennbar auf diese Vorschrift bezogen und kann nicht aus diesem Zusammenhang gelöst werden. Eine Dogmatik, die § 323 BGB einfach übersieht, um die Schwierigkeiten der Lohnfortzahlung im Arbeitsvertrag zu überwinden, findet im Gesetz keine Stütze.

3) Es erscheint auch nicht zulässig, die Lohnfortzahlung rein aus arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten zu erklären.

Das BAG hatte zunächst den Sinn des § 616 BGB in einem von der allgemeinen Vorschrift des § 323 BGB von vornherein unabhängigen Fürsorgegedanken gefunden; § 616 sei überwiegend ein Ausfluß der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und daher als solche und für sich auszulegen ¹⁾ Nachdem es dann später die Frage nach dem Verhältnis zu § 323 BGB hat dahingestellt sein lassen, ist es schließlich zu der Auffassung gekommen, § 616 sei gegenüber § 323 eine Ausnahmeregelung und daher eng auszulegen ²⁾.

Bei der rein arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise besteht die Gefahr, die Vorschrift einseitig nach den Erfordernissen des Arbeitsvertrages zu beurteilen und sie so auf einem Umwege doch aus dem BGB-System herauszulösen ³⁾.

Hierbei wird auch gern übersehen, daß § 616 ja auch für den selbständigen Dienstvertrag gilt und daß sein Verhältnis zu § 323 von da aus gesehen ebenso problematisch ist. Man kann natürlich den Vorschlag erwägen, § 616 für den unabhängigen Dienstvertrag als Ausnahmeregelung und für den Arbeitsvertrag als "typisch arbeitsrechtliche Norm" anzusehen ⁴⁾. Das BGB hat jedoch insofern beide

1) BAGE 1/338 = NJW 56/77

2) BAG GS NJW 60/741, 743 und BAG NJW 60/1686

3) Lehmann JZ 55/459; vgl. aber z.B. Nikisch a.a.O. S.281

4) Hein, Kölner Diss. 1955 S.41, 42, 44

Vertragstypen einheitlich geregelt. Daran ist in systematischer Hinsicht nicht zu zweifeln. Es liegt auch nicht nahe, ein und derselben Vorschrift einen zwiespältigen Charakter beizulegen, nur weil sie sich damit für die Zwecke des Arbeitsrechts reibungsloser erklären läßt.

Im Verhältnis von §§ 616 und 323 BGB können und müssen zwar auch arbeitsrechtliche Gesichtspunkte herangezogen werden. Die Entwicklung des Arbeitsrechts unabhängig vom BGB, neue Kodifikationen und die Änderung grundlegender Verfassungsprinzipien können nicht ohne Einfluß auf diese Bestimmungen geblieben sein. Dennoch hat der Gesetzgeber die Lohnfortzahlung nicht aus ihrem bisherigen Rahmen herausgebrochen. Er hat grundsätzlich am BGB - System festgehalten. Auch heute noch gehören die §§ 616 und 323 daher zu diesem System und finden dort ihre dogmatischen Grundlagen.

II) Im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuches gehört der Arbeitsvertrag zu den gegenseitigen Verträgen, die sowohl den allgemeinen wie auch den besonderen Regeln der beiden ersten Bücher unterliegen.

Wie die gemeinrechtliche Dienstmiete und auch II Titel 5 § 1 pr. ALR baut auch § 611 BGB das Dienstvertragsverhältnis auf dem Zusammenhang zweier Leistungspflichten auf. Der eine Teil wird zur Leistung von Diensten, der andere Teil zur Gewährung einer Vergütung verpflichtet.

1) Das Verhältnis dieser beiden Pflichten ist gegenseitig. Sie stehen sich nicht als getrennte Versprechengeschäfte gegenüber, vielmehr legt schon die Bezeichnung der einen Leistung als "Vergütung" für die andere eine besondere rechtliche Verknüpfung nahe.

Die Verknüpfung besteht darin, daß die eine Leistung für die andere versprochen wird. Der eine Teil erbringt seine Leistung nur um der Leistung des anderen willen. Er geht die vertragliche Bindung nur ein und will selbst nur leisten, wenn und damit auch der andere Teil leistet. Weil der eine Teil nur unter der Bedingung oder der Voraussetzung der Leistung des anderen Teils leisten will, kann man von einer konditionalen Verknüpfung der beiden

Leistungspflichten sprechen. Diese äußert sich dann auch in einer gegenseitigen rechtlichen Abhängigkeit. Wegen der rechtlich anerkannten konditionalen Verknüpfung besteht die eine Leistungspflicht nur, wenn und soweit auch die andere besteht (synallagma ¹⁾).

Demgegenüber sehen manche das entscheidende Merkmal der Gegenseitigkeit mehr im Entgeltgedanken; eine Leistung sei nur gegenseitig, wenn sie ihren bestimmungsgemäßen Gegenwert je in der Leistung des anderen Teils finde ²⁾.

Dieses Gegenwertprinzip ist insofern berechtigt, als es kaum ein zweiseitig verpflichtendes Vertragsverhältnis geben wird, bei dem die Leistung des einen Teils für den anderen überhaupt keinen Wert hat. Schwierigkeiten entstehen aber, sobald man fragt, worin der Gegenwert bestehen müsse, ob er objektiv feststellbar, ob er meßbar sein oder ob ihm sogar ein spekulatives Element anhaften müsse ³⁾.

Sicherlich kann man diesen Einwänden zum Teils ausweichen, indem man auf den bestimmungsgemäßen, dem Vertragszweck entsprechenden Wert der Leistung abstellt. Aber auf einen objektiven Wert, oder auch nur auf eine Gleichwertigkeit der beiden Leistungen kann es nicht ankommen. Man kann ja auch altruistische, wirtschaftlich für sich selbst ungünstige Verträge schließen, die den anderen Teil einseitig begünstigen, aber trotzdem gegenseitig im Sinne des bürgerlichen Rechts bleiben. Ist aber der Vertrag im ganzen wirtschaftlich nachteilig, so bleibt es gleich, ob die Gegenleistung des begünstigten Teils für den hingebenden Teil einen Vermögenswert darstellt. Vermögenswerte sind verrechenbar. Man hätte sich also auch mit einer Schenkung begnügen können. Die Gegenwerttheorie muß also sagen, die Leistung des gegenüberstehenden Vertrags-

1) RGZ 81/365; 147/342; Soergel-Siebert 9. Aufl. Vorbem. 5 § 320 BGB; Esser a. a. O. S. 30; Larenz, Schuldrecht 4. Aufl. I S. 173; Krahmer a. a. O. S. 80; Titze, die Unmöglichkeit... S. 163 Anm. 1; Kleineldam, Abhdlgen. z. Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 7 S. 129

2) Enneccerus-Lehmann 14. Bearb. S. 132; Siber, Schuldrecht S. 191; vgl. auch v. Gierke, Dt. Privatrecht III S. 294

3) vgl. Oertmann, Entgeltliche Geschäfte III § 1 S. 46

partners müsse überhaupt einen, wenn vielleicht auch nur subjektiv bestimmten Wert haben. Wenn aber auch eine nur subjektiv-ideelle Wertverknüpfung genügen soll, so wird daraus klar, daß hinter dem Gedanken des Gegenwerts in Wirklichkeit nur das subjektive Interesse an der Leistung des Vertragspartners steht. Nicht auf die Gegenwertigkeit kommt es an, sondern darauf, daß beide Teile ein wechselseitiges Interesse an der Leistung des anderen Teils haben. Der Vertrag ermöglicht dann die gegenseitige Interessenverknüpfung.

Die Gegenwerttheorie muß auf das wechselseitige Interesse an den Leistungen im gegenseitigen Vertrag abstellen, also auf das "warum" der Leistungsverbindung. Sie erklärt im Grunde, warum der eine Teil die Leistung des anderen erstrebt. Bei der hier vertretenen Theorie der konditionalen Verknüpfung wird vorausgesetzt, daß die Vertragspartner aus irgend einem rechtlich schutzwürdigen Interesse heraus die Leistung des anderen Teils erstreben. Es wird aber darüberhinaus deutlich, w i e er sie erstrebt, nämlich durch bedingungsmäßige Verknüpfung der eigenen mit der gegenüberstehenden Leistungspflicht.

Die Gegenwerttheorie kann nicht erklären, welches der innere Grund für die rechtliche Abhängigkeit der Leistungspflichten im gegenseitigen Vertrag des BGB ist. Will man ein Vertragsverhältnis den BGB-Regeln über die gegenseitigen Verträge unterstellen, so genügt es nicht, auf ein vertragsgemäßes, wechselseitiges Interesse abzustellen; vielmehr müssen die Parteien gerade die rechtliche Abhängigkeit auch gewollt haben, die eigene Leistung um der anderen willen erbringen und nur unter der Bedingung leisten wollen, daß auch der andere Teil seine Leistungspflicht erfüllt ¹⁾.

1) Umgekehrt ist jeder konditional verknüpfte Vertrag entgeltlich. Ein wechselseitiges Interesse ist ja vorausgesetzt. Die gegenseitigen Verträge sind "weil überall auf Verpflichtung gegen selbständige Gegenverpflichtung gerichtet, ausnahmslos entgeltlich" (Oertmann a.a.O. S. 6). Aber nicht jedes entgeltliche Geschäft ist auch gegenseitig (Oertmann a.a.O.; z.B. das verzinsliche Darlehen). Für den Dienstvertrag genügt im Rahmen dieser Arbeit jedoch der Nachweis der Gegenseitigkeit, der ja die Entgeltlichkeit umschließt; vgl. auch Soergel-Siebert a.a.O. Vorbem. 5 § 320 BGB.

2) Im Sinne einer konditionalen Verknüpfung ist auch der Arbeitsvertrag nach der Regelung des BGB ein gegenseitiger Vertrag. Dieser Auffassung ist anfänglich auch in der Wissenschaft kaum widersprochen worden ¹⁾.

a) Gewisse Schwierigkeiten bringt allerdings die Vermischung des Synallagma mit dem Austauschgedanken mit sich. Bei Austauschverhältnissen findet unter den Vertragspartnern ein (wirtschaftlicher) Austausch von Leistungen statt. So bezeichnet Larenz ²⁾ alle gegenseitigen Verträge zugleich als Austauschverträge im weiteren Sinne, während es aber seit Potthoff als gesichertes Erkenntnis der Arbeitsrechtswissenschaft gelten muß, daß der Arbeitsvertrag zumindest nicht zu den rein wirtschaftlichen Austauschverträgen gehört ³⁾.

Tatsächlich kann ein Vertragsverhältnis sehr wohl gegenseitig sein, ohne zugleich ein Austauschvertrag im zuletzt genannten Sinne sein zu müssen.

Die Kontroverse entzündet sich an der seit jeher streitigen Frage, ob der Gesellschaftsvertrag bürgerlichen Rechts gegenseitig sei oder nicht ⁴⁾. Nach § 705 BGB verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig. Die Leistungen der Gesellschafter sind auch inhaltlich miteinander verknüpft; sie erfolgen ja "damit" und unter der Voraussetzung, daß auch der andere Teil leistet. Daher rechtfertigt es sich, jedem Gesellschafter ein eigenes Recht auf die Beitragsleistung des anderen Teils in das Gesellschaftsvermögen zuzubilligen, was auch Larenz nicht bestreitet ²⁾. Dann aber ist der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag.

Der Austauschgedanke ist von der Gegenseitigkeit scharf unterschieden. Man deutet das uralte "do ut des" falsch, wenn man es in Verbindung mit dem Austauschgedanken bringt. Das synallagmatische Prinzip sagt etwas aus über das "wie" der Leistungsverbindung. Der Austauschgedanke hingegen betrifft nur die Frage, an wen und in welcher Richtung die Leistung erfolgen soll.

1) v. Gierke a.a.O. III S. 600; Oertmann a.a.O. S. 6; Titze a.a.O. S. 291; Krahmer a.a.O. S. 71

2) Schuldrecht, I 2. Aufl. S. 165; II 1. Aufl. S. 223; vgl. auch v. Gierke, Dt. Privatrecht III, S. 294 und RGZ 60/241; 65/47

3) Arbeitsrecht 22/264, 267

4) zur älteren Entwicklung vgl. Krahmer a.a.O. S. 79 f

Bei Austauschverhältnissen leistet der eine Teil in das Vermögen des anderen; bei der Gesellschaft beispielsweise ist das nicht so. Vielmehr erfolgen die Leistungen zwar gegenseitig, um der anderen willen, aber in das gemeinschaftliche Gesellschaftsvermögen. Es findet kein Leistungsaustausch statt, sondern eine gegenseitige Leistungsverbindung zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes.

b) Kann also ein Vertragsverhältnis gegenseitig sein, ohne daß damit gleichzeitig der Austauschgedanke notwendig verbunden sein muß, so bedeutet es keinen Widerspruch, den Arbeits- und Dienstvertrag zwar zu den gegenseitigen, nicht aber zu den rein wirtschaftlichen Austauschverhältnissen zu rechnen.

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß innerhalb eines Vertragsverhältnisses eine ganze Reihe von Rechten und Pflichten entstehen kann, von denen durchaus nicht alle synallagmatisch verbunden zu sein brauchen ¹⁾. Will man daher ein ganzes Vertragsverhältnis als gegenseitig bezeichnen, so wird man auf das Verhältnis der Hauptpflichten zueinander abstellen müssen ²⁾. Hauptpflichten im Arbeitsvertragsverhältnis sind auch nach moderner Auffassung jedenfalls Lohnzahlungs- und Arbeitspflicht. Der Streit über das Wesen des Arbeitsvertrages im Unterschied zum Dienstvertrag im weiteren Sinne des BGB und zu den reinen Austauschverträgen geht in eine andere Richtung. Er betrifft im Grunde nur die Frage, ob sich Rechte und Pflichten der Vertragspartner in diesen beiden Hauptpflichten erschöpfen. Zu Recht wird bezweifelt, ob das BGB recht daran tut, Lohnzahlungs- und Arbeitspflicht als alleinige Hauptpflichten hinzustellen. Daß diese Pflichten aber vorhanden und gesetzlich anerkannt sind, ist unbestritten.

Fraglich kann in unserem Zusammenhang nur sein, ob sie auch im Sinne des bürgerlichen Rechts als synallagmatisch verknüpft anerkannt werden können.

1) vgl. die Untersuchungen von Krahmer a.a.O. S. 82 ff (§ 8)

2) Enneccerus-Lehmann a.a.O. 14. Bearb. S. 132

c) Diese Frage ist nach den bisherigen Ergebnissen zu bejahen. Nach dem Lebenstatbestand arbeitet der Dienstverpflichtete um des Lohnes willen. Er ist darauf angewiesen, seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Deshalb verknüpft er seine Arbeitspflicht mit der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers; er arbeitet unter der Bedingung, dafür entlohnt zu werden. Vom Arbeitgeber aus gesehen wird umgekehrt die Lohnzahlungspflicht nur um der Arbeitsleistung willen übernommen.

Die Kontroverse über den Inhalt der Arbeitspflicht spielt hier hinein. Nach der Ansicht von Nikisch erhält der Arbeitnehmer den Lohn nicht für Dienstleistungen, sondern dafür, daß er dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt ¹⁾. Die Rechtsprechung hingegen stellt immer wieder auf die Pflicht zur Leistung von Diensten ab, auf den "wirtschaftlichen Sinn des Arbeitsverhältnisses, der nun einmal in der Erbringung von Dienstleistungen für den Arbeitgeber besteht" ²⁾. In einem anderen Zusammenhang erkennt das BAG auch ausdrücklich an, das Arbeitsverhältnis enthalte die Elemente von Leistung und Gegenleistung ³⁾.

Arbeits- und Lohnzahlungspflicht sind gerade nach dem Willen der Parteien konditional verknüpft ⁴⁾. Sind die beiden Hauptpflichten als synallagmatisch verbunden anerkannt, so kann man auch den ganzen Arbeitsvertrag als gegenseitig bezeichnen. Damit ist allerdings noch nichts über die Stellung des Gegenseitigkeitsverhältnisses von Arbeit und Lohn im Gesamtrahmen des Arbeitsverhältnisses gesagt. Wohl aber müssen wegen der synallagmatischen Verknüpfung der beiden Hauptpflichten die Regeln des BGB über die gegenseitigen Verträge grundsätzlich Anwendung finden.

1) Arbeitsrecht I 2. Aufl. S. 280, 136; vgl. Siebert, Festschrift f. Lehmann S. 684; andererseits Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 241 bes. Anm. 1; Stoll DAR 34/204

2) BAG AP Nr. 2 § 611 BGB; NJW 57/688 u. 1292; NJW 58/157, 158; MDR 59/ 430 = BB 59/ 338; BB 59/1137

3) BAG AP Nr. 2 § 616 BGB = NJW 55/77,78; BAG GS NJW 60/738, 741

4) vgl. auch Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 118, 298; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht 5. Aufl. S. 116; Siebert, HdWB "Arbeitsvertrag" S. 377, 382; Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht S. 162; auch Nikisch a.a.O. S. 136 Ziff. 3

III) Die aus der synallagmatischen Verknüpfung von Lohnzahlungs- und Arbeitspflicht folgende rechtliche Abhängigkeit regelt das BGB unter der Überschrift "Gegenseitiger Vertrag" in den §§ 320 bis 327.

1) Diese Abhängigkeit kann sich in drei denkbaren Richtungen zeigen: in der Entstehung (genetisches synallagma), in der Geltendmachung und schließlich im Fortbestand der beiden Leistungspflichten (funktio-nelles synallagma) ¹⁾. Das Problem der Lohnfortzahlung nach § 616 BGB betrifft nun in erster Linie die Abhängigkeit im Fortbestand der einmal wirksam entstandenen Leistungspflichten.

2) Sicherlich wirkt sich eine gegenseitige Verknüpfung der Leistungspflichten vor allem auch in der Entstehung aus. Deshalb hat in Rom und im gemeinen Recht anfänglich mehr das Problem der Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Vordergrund gestanden ²⁾. Sind aber die beiden Pflichten synallagmatisch entstanden, so bieten sich für die Ausgestaltung der rechtlichen Abhängigkeit im weiteren Verlauf der Rechtsverhältnisse zwei Prinzipien an:

a) Entweder leugnet man eine Abhängigkeit insoweit und behandelt beide Pflichten nach ihrer Entstehung selbstständig. Dies war der Standpunkt des älteren römischen Rechts. Wer sich einmal verpflichtet hat, bleibt dann auch später ohne Rücksicht auf die Gegenleistung gebunden. Der verpflichtende Rechtsgrund liegt ja in der Vergangenheit ³⁾.

b) Geht man jedoch von einer wesensmäßigen Einheit und einer inneren Zusammengehörigkeit der Pflichten auch bei der Abwicklung des Vertragsverhältnisses aus, so ergibt sich folgerichtig eine mehr oder minder große Bindung und Abhängigkeit im Fortbestand der Pflichten. Das rechtliche Schicksal der Leistungspflicht wird durch dasjenige der Gegenleistungspflicht während der ganzen Dauer des

1) Enneccerus-Lehmann a.a.O.; Soergel-Siebert a.a.O. Vorbem. 7-10 vor § 320 BGB

2) Kleineidam a.a.O. S. 127 bes. Anm. 1; Krahmer a.a.O. S. 10 f Kisch a.a.O. S. 169

3) "periculum est emptoris", vgl. Kleineidam a.a.O. O.v. Gierke, Dt. Privatrecht III S. 298 Anm. 3; Krahmer a.a.O. S. 11; Enneccerus-Lehmann a.a.O. S. 134

Vertragsverhältnisses beeinflusst. Dieses Prinzip steht dem deutschen Recht näher, es entspricht aber auch dem späteren römischen Recht ¹⁾. Das BGB übernimmt es in § 323.

3) Hinter § 323 BGB steht somit die dauernde Abhängigkeit der gegenseitigen Leistungen (funktionelles synallagma). Auch während der Dauer des Vertragsverhältnisses bleibt die eine Leistungspflicht mit der anderen grundsätzlich konditional verknüpft, wird um der anderen willen erbracht, stellt deren bestimmungsgemäßes Entgelt dar.

Daraus zieht das Gesetz die Folgerung: Entfällt nach § 275 BGB die Leistungspflicht, so entfällt nach § 323 Abs. 1 BGB auch der Anspruch auf die Gegenleistung. Entfällt die Leistungspflicht nur teilweise, so mindert sich die Gegenleistungspflicht nach dem Wertverhältnis.

Diesem klaren Schema steht nun der Fortbestand der Lohnzahlungspflicht nach § 616 BGB gegenüber.

IV) Auf den ersten Blick scheint § 616 BGB der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung zu widersprechen. Er gibt einen Anspruch auf Vergütung, also auf die Gegenleistung, obwohl der Erkrankte oder sonst unerheblich Verhinderte seine eigene Leistung in diesem Zeitraum nicht erbringt:

" Wer nicht am Worte klebt, sieht, daß
kein Lohn ist, was nicht für Arbeit,
sondern trotz Nichtarbeit geleistet wird" ²⁾.

1) Dennoch wird man nicht von vornherein davon ausgehen können, das Gesetz habe die ihm zugrunde liegenden Prinzipien im Falle des § 616 nicht folgerichtig durchgeführt. Vielmehr dürfte bei der durchdachten Systematik des BGB eine Vermutung für die Richtigkeit auch in der Wortfassung sprechen.

1) vgl. die Rechtssprichwörter a.a.O., ferner O.v.Gierke, Dt. Privatrecht III S. 294 Anm. 63 u. S. 298; Enneccerus-Lehmann a.a.O. S. 134; Klenneidam a.a.O. S. 127, 128 oben; Esser, Schuldrecht S. 31

2) Lotmar, Der Arbeitsvertrag I S. 148, 149, II S. 207 Anm.2

Wer § 616 BGB in der Wortfassung für verfehlt hält, ist vor allem von seinem Standpunkt aus gezwungen, den anderweitigen Rechtscharakter des dort geregelten Anspruchs darzulegen, wenn er keine Vergütung, keine Gegenleistung ist.

An Lösungsversuchen fehlt es nun nicht, sei es, daß § 616 ganz aus dem System des BGB herausgenommen wird, sei es, daß an die Stelle der Vergütung arbeitsrechtliche oder gar Versorgungsansprüche gestellt werden. Keiner dieser Lösungsversuche kann volle Klarheit und unanfechtbare Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen, wie noch zu zeigen sein wird. Diese dogmatischen Schwierigkeiten mögen Lotmar ¹⁾, der die Wortfassung nicht billigt, zu dem fast ärgerlichen Ausspruch veranlaßt haben:

"Gegen die naturalis ratio ist auch das BGB machtlos."

Aber es fragt sich doch, ob der Nachweis des fehlerhaften Wortlauts wirklich gelingen kann, und ob es nicht doch einen guten Sinn und eine innere Berechtigung hat, wenn das Gesetz von einem Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung spricht.

2) Die §§ 323 und 616 BGB können in zweifacher Weise ineinandergreifen:

a) Entweder gilt § 323 BGB in allen Fällen der nicht zu vertretenden Leistungsverhinderung; dann würde der Anspruch auf die Gegenleistung in allen Fällen, also auch im Rahmen des § 616 BGB zunächst fortfallen müssen. Dieser Gedankengang müßte der Auffassung all derjenigen zugrunde liegen, die in der Leistung des Arbeitgebers

1) a.a.O. II S. 207 Anm. 2 ; vgl. ferner Sieg, JZ 54/338; Harms JZ 58/158; Staudinger-Mohnen Anm. 59 § 616 BGB; Denecke DAR 38/191; Molitor RDA 59/4; BGB RGRK 10. Aufl. Anm. 1 § 616; BAG NJW 56/77, BAG GS a.a.O. = BB 60/363; RAG ARS 40/282; OLG Freiburg VersR 52/150; OLG Bremen NJW 55/264; KG VersR 55/422

etwas anderes als die Gegenleistung sehen.

b) Oder aber § 616 verdrängt den § 323 BGB. Unter den dort bestimmten Voraussetzungen gilt nicht § 323, sondern nur § 616 BGB. Dieser enthält nicht in erster Linie Anspruchsvoraussetzungen, sondern Voraussetzungen des Ausschlusses von § 323 BGB. Mit anderen Worten greift § 616 BGB hier eine logische Sekunde früher ein. Die Gegenleistungsverpflichtung entfällt nicht, sondern wird unter bestimmten Voraussetzungen von vornherein aufrechterhalten.

3) Die letztere Konstruktion ist im Gesetz eindeutig zum Ausdruck gekommen. Nach der negativen Wortfassung "wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht verlustig" will das Gesetz nicht einen neuen Anspruch zuteilen, sondern einen bestehenden Anspruch aufrechterhalten ¹⁾.

Das wird noch klarer, wenn man bedenkt, daß im Bereich des § 616 BGB nicht der Fortfall der ganzen Leistungspflicht in Rede steht. Leistungsverhinderungen von verhältnismäßig nicht erheblicher Dauer enthalten vielmehr lediglich eine teilweise Unmöglichkeit, bzw. ein teilweises Unvermögen oder nur teilweise Unzumutbarkeit. Diese hat gemäß § 323 Abs. 1 zweiter Halbsatz in Verbindung mit §§ 473, 472 BGB nicht primär den Fortfall der Gegenleistungspflicht, sondern nur eine wertmäßige Minderung zur Folge. Konstruktiv schließt § 616 BGB somit nicht § 323 Abs. 1 erster Halbsatz, sondern die zweite Alternative, die Möglichkeit der Minderung der Gegenleistung aus.

Zusammenfassend ergibt sich, daß das Gesetz grundsätzlich von der Gegenleistungspflicht ausgeht. Bei völligem Wegfall der Leistungspflicht entfällt auch die Gegenleistungspflicht. Bei teilweisem Fortfall wird sie an sich erhalten, mindert sich aber nach dem Wertverhältnis. Unter den Voraussetzungen des § 616 BGB wird sie nicht gemindert, nicht in sich verkleinert, sondern in voller

1) vgl. auch Hueck-Nipperdey 5. Aufl. I S. 233; 6. Aufl. I S. 301, 313 Anm. 84; Siebert, Festschrift f. Lehmann S. 681; Schlegelberger-Schröder Anm. 1 u. 5 § 63 HGB; Taube VersR 54/108, 53/91; LG Itzehoe VersR 52/326; LG Tübingen VersR 52/343

Höhe aufrechterhalten. So gesehen ist es folgerichtig, die aufrechterhaltene Gegenleistungspflicht auch als solche zu bezeichnen. Der Anspruch des § 616 BGB richtet sich also auf die Gegenleistung, auf die vertragsmäßige Vergütung.

4) Dieser mehr äußeren Beweisführung wird nun entgegengehalten, § 616 BGB enthalte dennoch einen Eingriff in das synallagmatische Prinzip selbst. Der Anspruch auf die Gegenleistung werde zwar seiner äußeren Form nach aufrechterhalten, ihm fehle aber die inhaltliche Verbindung mit einer gegenüberstehenden Leistung, er verliere den Charakter der Gegenleistung ¹⁾. Sehr klar spricht Larenz ²⁾ von einer "Lockerung des synallagmatischen Bandes".

a) Von einem Wegfall der synallagmatischen Bindung kann aber nicht schlechthin gesprochen werden. Der aufrechterhaltenen Vergütungspflicht fehlt es nicht in jeder Beziehung an einer konditionalen Verknüpfung. Zumindest im Hinblick auf das genetische synallagma bleibt der Anspruch noch Gegenleistung. Er ist in jedem Falle als Gegenleistung entstanden und bleibt es in diesem Sinne auch während der ganzen Dauer seines rechtlichen Bestandes.

b) Von einer Lockerung des synallagmatischen Bandes, von einem Verlust des synallagmatischen Charakters kann daher nur im Hinblick auf das funktionelle synallagma die Rede sein.

Aber auch im Fortbestand der Leistungspflichten ergibt sich im Rahmen des § 616 BGB eine inhaltliche, konditionale Verknüpfung der aufrechterhaltenen Lohnzahlungspflicht mit der gegenüberstehenden Arbeitsleistungspflicht. Allerdings muß hier gefragt werden, was von einer dauernden, rechtlichen Verbindung und Abhängigkeit

1) Lotmar a.a.O. I S. 148, 149; Nikisch a.a.O. 2. Aufl. I S. 281; Denecke DAR 38/191

2) Schuldrecht II 3. Aufl. S. 174

noch überbleibt, wenn die eine Leistungspflicht wegfällt. Die Antwort ist verschieden, je nachdem man den teilweisen oder den völligen Wegfall der Leistungspflicht in Betracht zieht.

Entfällt nach § 275 BGB oder aus anderen Gründen die Leistungspflicht ganz, so kann die Leistungspflicht des anderen Teils nur mit der ursprünglichen Leistungszusage (genetisches synallagma) oder aber mit der weggefallenen Leistungspflicht verknüpft sein. Im ersteren Falle engt man das synallagma in diesem Zusammenhang unzulässig ein ¹⁾. Wenn man ein funktionelles synallagma, eine innere Bindung auch im Fortbestand anerkannt hat, dann kommt nur die zweite Möglichkeit in Betracht. Dies aber würde eine konditionale Verknüpfung mit einem Nichts bedeuten. Eine solche Verknüpfung ist absurd; man kann nicht behaupten, die Leistungspflicht des einen Teils bleibe um der weggefallenen Leistungspflicht des anderen Teils willen bestehen. Würde das Gesetz hieraus nicht die in § 323 Abs. 1 erster Halbsatz BGB bezeichnete Folgerung ziehen, sondern die Gegenleistung auch hier aufrechterhalten, so könnte diese Leistung denknötwendig nicht mehr ihren synallagmatischen Charakter in funktioneller Hinsicht behalten. Insofern ist den Kritikern des § 616 BGB im Ansatzpunkt beizupflichten.

Aber im Falle des § 616 BGB liegen die Dinge anders. Die Leistungspflicht ist nur teilweise fortgefallen (§ 275 BGB: "soweit"). Hier fehlt es der aufrechterhaltenen Lohnzahlungspflicht nicht an einem Gegenüber. Vielmehr findet man jedenfalls den Teil der Leistungspflicht vor, der nicht weggefallen ist. Mit diesem Teil kann nun derjenige Teil, der nach § 616 BGB aufrechterhalten oder der nach § 323 Abs. 1 zweiter Halbsatz BGB durch die Minderung wegfällt, immer noch synnallagmatisch verknüpft sein.

Die Gegenleistungspflicht ist von vornherein als Ganzes auch mit der ganzen Leistungspflicht verknüpft. Sie ist

1) Dies tut z.B. Taube VersR 53/91

ja versprochen als Arbeitspflicht für die Dauer des Vertragsverhältnisses um der Lohnzahlungspflicht willen. Umgekehrt ist die Vergütungspflicht für die ganze Vertragsdauer um der ganzen Arbeitspflicht willen versprochen.

Sind die beiden Leistungspflichten aber jeweils als Ganzes im Fortbestand verbunden, so folgt daraus: Fällt ein Teil der Leistungspflicht fort, so verliert nicht etwa ein Teil der Gegenleistungspflicht die synallagmatische Bindung. Nicht ein Teil greift ins Leere, sondern die ganze, einheitlich versprochene Gegenleistungspflicht verliert die synallagmatische Bindung mit dem nicht mehr existierenden Teil der Leistungspflicht. Die ganze Gegenleistungspflicht bleibt aber auch mit dem Teil synallagmatisch verknüpft, der nicht weggefallen, sondern bestehengeblieben ist. Sie bleibt also insoweit auch inhaltlich Gegenleistung.

Darum fällt nach § 323 Abs. 1 zweiter Halbsatz BGB auch an sich nicht ein "Teil" der Gegenleistung fort, sondern die Gegenleistung wird als solche und in sich verkleinert: "Bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung". Umgekehrt bleibt nach § 616 BGB die Gegenleistung als solche und in sich ungemindert, ist also echte Vergütungspflicht.

Die beiden Leistungspflichten können nur dann in anderer Weise aufeinander bezogen sein, wenn dem weggefallenen Teil ein in allen Richtungen entsprechender Teil der anderen Leistungspflicht gegenüberstehen und jeweils nur diese beiden Teile synallagmatisch verbunden wären. Dies würde jedoch voraussetzen, daß die Pflichten in echte Teilpflichten zerlegt werden können. Es darf sich dabei nicht um einheitliche Pflichten handeln, sondern um Summen selbständiger Teilpflichten, oder um eine Stammpflicht, die im Laufe des Vertragsverhältnisses immer neue, selbständige Einzelverpflichtungen hervorbringt, die dann jeweils untereinander verknüpft sind.

Besonders der Arbeitsrechtler ist in der Gefahr, dieser Betrachtungsweise zu verfallen, weil er häufig Stundenlohnvereinbarungen vorfindet. Dann sieht es so aus, als ob sich jeweils nur die Pflichten, eine Stunde zu arbeiten und für eine Arbeitsstunde Lohn zu zahlen, gegenüberstehen und als ob nur diese Teilpflichten miteinander synallagmatisch verknüpft seien. Tatsächlich aber stellen die Stundenlohnvereinbarungen nicht eine Zersplitterung der Hauptpflichten im Arbeitsverhältnis dar, sondern lediglich eine Berechnungsart der Vergütung bei einheitlichen und generellen Pflichten ¹⁾.

Würde man sich bei derartigen Vereinbarungen mit einer nur gedanklichen Beziehung jeweils eines Arbeitszeitabschnitts mit einem gegenüberstehenden Vergütungsteil zufrieden geben, so wäre dies eine rein hypothetische Verknüpfung. Eine wirkliche synallagmatische Bindung gedanklicher Teilpflichten gibt es nicht. Dem würde auch widersprechen, daß schließlich jede Vergütungseinheit nicht nur wegen einer Arbeitseinheit, sondern gerade so gut wegen aller anderen Arbeitseinheiten geleistet wird, die zusammen die Gegenleistung und den Gegenwert darstellen. Eine gedankliche Zersplitterung des synallagmatischen Bandes in untereinander verbundene Pflichtabschnitte entspricht nicht dem Gesetz und nicht dem Lebenstatbestand der Vereinbarungen, ganz abgesehen davon, daß sie für andere Lohnformen wie etwa Gehaltszahlung überhaupt nicht in Betracht kommt.

Die Lohnzahlung erfolgt im Falle des § 616 BGB nach allem auch wegen der bestehenbleibenden synallagmatischen Verknüpfung mit der bereits geleisteten und der zukünftig noch zu leistenden Arbeit des anderen Teils. Sie geschieht gerade um dieser übrigen Arbeitsleistungspflicht willen, und sie findet dort auch ihren bestimmungsgemäßen Gegenwert. Würde sie nicht auch um der Arbeitsleistung im ganzen erfolgen und würde sie nicht in der Arbeitsleistung im ganzen auch ihren Gegenwert finden, so würde jeder Arbeitgeber gezwungen sein, seinem durch Krankheit oder

1) Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 274; Staudinger-Mohnen Anm. 200 201 § 611 BGB; Nikisch a.a.O. I 2. Aufl. S. 282; Denecke DAR 38/ 191

andere Leistungshindernisse "unwirtschaftlich" gewordenen Mitarbeiter zu kündigen.

c) Vergütungs- und Arbeitspflicht sind als Ganzes synallagmatisch verknüpft. Bei teilweisem Fortfall der Arbeitspflicht behält die Vergütungspflicht diese Verknüpfung als Ganzes mit dem bestehengebliebenen und dem bereits erfüllten Teil der Arbeitspflicht.

Würde man eine Teilbarkeit der synallagmatisch verknüpften Leistungspflichten anerkennen, so würde auch das zu Ungereimtheiten führen. Ordnet nämlich das Gesetz eine wertentsprechende Minderung der Vergütungspflicht an (§ 323 BGB), so entspricht das dann nur zum Teil dem Prinzip der Gegenseitigkeit im Fortbestand der Leistungen. Diese Rechtsfolge würde dem Verlust der Verknüpfung mit dem weggefallenen Teil der Leistungspflicht entsprechen. Widersprechen würde sie jedoch der bestehenbleibenden Verknüpfung mit dem Rest der Leistungspflicht. Umgekehrt würde die Rechtsfolge des § 616 BGB dem Verlust der Verknüpfung mit dem weggefallenen Teil der Arbeitspflicht widersprechen, zur Verknüpfung des restlichen Teils der Arbeitspflicht mit der Vergütungspflicht aber passen. Beide Vorschriften harmonisieren daher unter diesem Gesichtspunkt nur bedingt mit dem Prinzip der Gegenseitigkeit. Die eine würde so gut in das Prinzip eingreifen wie die andere. Die eine lockert das synallagmatische Band und die andere auch. Die Kritik gegen die Fassung des § 616 BGB müßte sich konsequent auch gegen § 323 Abs. 1 zweiter Halbsatz richten.

Ob ein dem weggefallenen Teil der Leistungspflicht entsprechender Teil der Gegenleistungspflicht fortfallen soll oder nicht, kann aus dem Prinzip der Gegenseitigkeit gar nicht allein entschieden werden, weil die eine oder die andere Lösung Widersprüche offen läßt. Konstruktiv ist aber jedenfalls festzuhalten, daß der nach § 323 BGB entfallende Teil genauso gut wie der nach § 616 BGB aufrechterhaltene Teil der Gegenleistungspflicht synallagmatisch verknüpft ist und insoweit immer echte Gegenleistung ist.

5) Das Gesetz bestätigt diesen Sachverhalt durch den Begriff "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" in § 616 BGB. Daß eine Verhinderung zeitlich unerheblich ist, kann sich nicht im Verhältnis entsprechender Teilpflichten untereinander zeigen, sondern nur im Verhältnis zur Gesamtleistung im Rahmen der Vertragsdauer. Der Gesamtleistung des einen steht die Gesamtleistung des anderen Teils gegenüber; in dieser Weise sind die beiden Leistungspflichten auch miteinander verknüpft. Hiervon geht das Gesetz aus ¹⁾.

Schließlich führt der Gesichtspunkt der verhältnismäßig nicht erheblichen Verhinderung auch noch in anderer Richtung weiter. Ist die synallagmatische Bindung bei teilweiser Verhinderung prinzipiell nur bedingt aufgehoben, so erscheint das Verhältnis der Pflichten im übrigen nur noch der Größenordnung nach gestört. Daher führt § 323 BGB hier nur einen Wertausgleich nach Maßgabe der §§ 472, 473 BGB durch, den § 616 BGB nicht, oder nicht in diesem Umfange vorsieht. So gesehen enthalten die beiden Vorschriften keineswegs nur unterschiedliche Folgerungen aus dem synallagmatischen Prinzip. Sie sind auch unterschiedliche Ausprägungen eines materiellen Äquivalenzprinzips, das seine Grundlagen in § 242 BGB findet ²⁾.

In den Rahmen der gegenseitigen Verträge fügt sich die Bestimmung des § 616 BGB somit reibungslos ein. Rechtsfolge und Wortfassung widersprechen dem synallagmatischen Prinzip nicht. § 616 BGB enthält einen echten Entgeltanspruch ³⁾; er läßt sich jedoch nicht aus diesem Gedanken allein erklären.

1) Siebert, Festschrift f. Lehmann S. 681; vgl. Art. 335 Schweizer Oblig.R.; ROHGE 19/61: Hauptteil I D III der Arbeit

2) vgl. Wieacker, Präzisierung des § 242 BGB, S. 37

3) so: Siebert a.a.O.; Esser a.a.O. 2. Aufl. S. 274; Taube VersR 53/91, 54/108, 56/139; Kisch a.a.O. S. 182; Oertmann, BlfStR 57/156; Fleischmann, VersR 52/214; OLG Koblenz, VersR 55/301; LG Itzehoe, Vers.R 52/327, Köln, VersR 52/214, Tübingen, das. S. 344. ohne Begründung: Schlegelberger-Schröder 3. Aufl. Anm. 1, 5 § 63 HGB; Friedrich, VersR 50/141; Möller, SV 49/157; Bach SV 50/225; Voss SV 53/38; Idelberger DOK 51/463; Schmalz NJW 53/446; Heimeier Betr. 53/Beilage 2; Machleidt JZ 52/645; Schelp-Herbst BABl. 56/76 Unklar: Nikisch a.a.O. S. 281; Kaskel-Dersch 5. Aufl. S. 163, 183, aber RDA 52/56!; Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 301, aber 313 Anm. 84, 304, 377 g!; Staudinger-Mohnen a.a.O. § 611 BGB Anm. 4, aber Anm. 59!

B) § 616 Abs. 1 im Gesamtsystem des BGB.

In Wissenschaft und Praxis geht die traditionelle Auffassung dahin, den § 616 Abs. 1 BGB als Ausnahmevorschrift anzusehen. ¹⁾ Bei Ausnahmevorschriften aber besteht vielfach die Tendenz, sie einschränkend auszulegen ²⁾.

Dieser Gesichtspunkt hat eine Rolle gespielt bei der Frage, ob bei einer Leistungsverhinderung von erheblicher Dauer wenigstens für den ersten, für sich genommen unerheblichen Zeitraum Lohn zu zahlen ist. Das RAG hat § 616 BGB als Ausnahmevorschrift behandelt, restriktiv ausgelegt und den Lohnfortzahlungsanspruch insgesamt versagt ³⁾. Wegen des sozial unerfreulichen Ergebnisses ist gegen diese Rechtsprechung mit unterschiedlichen Begründungen seit jeher Sturm gelaufen worden; bis der 2. Senat des BAG sie aufgegeben hat ⁴⁾. Der daraufhin angerufene große Senat des BAG hat jedoch die Rechtsprechung des RAG wieder aufgegriffen ⁵⁾, ein Ergebnis, das dem natürlichen Rechtsempfinden und vor allem dem Sinn der Vorschrift widerspricht.

Denn wenn schon bei der Lohnfortzahlung so viel von Fürsorge, von Versorgung, von Existenzsicherung, Humanität und sozialem Schutz die Rede ist, dann gilt dieser Sinn, diese Aufgabe des § 616 BGB bei längerer Verhinderung gerade so gut wie bei nicht erheblicher Verhinderung. Der Entgeltgedanke spielt hier nicht hinein. Man kann auch nicht sagen, das Gesetz wolle

- 1) O. v. Gierke a.a.O.III S. 619; Titze, Unmöglichkeit S. 295; Krahmer a.a.O. S. 130; Nelken DJZ 3/210; Heck a.a.O. S. 338; weitere bei Fluhr a.a.O. S. 16; RGZ 92/177; RAG s. Anm. 3; Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 301; Enneccerus-Lehmann a.a.O. S. 606, 607, ders. JZ 55/459; Kaskel-Dersch a.a.O. S. 163; Pessler, NJW 59/1208; Trieschmann Betr. 55/801; Taube VersR 54/108; Heimeier Betr. 53/Beilage 2; Idelberger DOK 51/463; Hessel, Krankheit..., S. 9; BGH NJW 56/1473; OLG Braunschweig AP 53 Nr. 180; LAG Hannover AP 53 Nr. 27
- 2) Enneccerus-Lehmann a.a.O.; Reinicke NJW 55/1383; RG JW 29/3327, ferner BAG AP Nr. 23 § 616 BGB Anm. Hueck, a.M. LAG Frankfurt NJW 60/2002
- 3) ARS 6/589, 8/184, 36/171 st.Rspr.46/242
- 4) NJW 56/77; zust.: Siebert RDA 58/369; Krüger RDA 55/244; Dersch RDA 52/57; Denecke BB 51/58; Mendigo AuR 55/256; Heimeier a.a.O.; Trieschmann a.a.O.; Hessel a.a.O.S.49
- 5) NJW 60/741, 1686; BAG AP Nr. 23 § 616 BGB; LAG Frankfurt AR Blattei Arbeitsausfall IV E G; vgl. Hueck-Nipperdey a.a.O. BB 55/573 Anm.AP Nr. 2 § 616 BGB; Staudinger-Mohnen Anm. 21 § 616 BGB m.w. Nachw.

bei kürzerer Verhinderung den Arbeitgeber belasten, bei längerer aber die Versicherungen. Nicht alle Verhinderungsrisiken sind versichert. Der nicht versicherte Arbeitnehmer steht also bei längerer Verhinderung und erhöhter Schutzbedürftigkeit völlig schutzlos da. Hinzu kommt, daß die Sozialversicherung, auch wenn sie eingreift, ihrem Wesen nach an die Lohnfortzahlung anknüpft, diese voraussetzt und nur in zweiter Linie helfen will ¹⁾. Innere Gründe für das Ergebnis der Rechtsprechung sind nicht ersichtlich. Es bleibt nur der rein konstruktive Gesichtspunkt der einschränkenden Auslegung bei Ausnahmenvorschriften. Aber auch bei dieser Auslegungsregel muß der Gesetzeszweck mitberücksichtigt und voll ausgeschöpft werden ²⁾. Vor allem jedoch müßte § 616 BGB tatsächlich eine Ausnahmenvorschrift sein, wenn man restriktiv auslegen will. Folgt man umgekehrt der Rechtsprechung des 2. Senats des BAG, so wird dies sehr erleichtert, wenn § 616 im System des BGB eine selbständige Bedeutung zukommt.

In systematischer Hinsicht richtet sich der Blick sogleich auf § 323 Abs. 1 BGB. Im Verhältnis zu dieser Vorschrift muß sich die Frage nach der systematischen Einordnung des § 616 BGB entscheiden. Entweder enthalten beide Vorschriften für einen jeweils abgegrenzten Anwendungsbereich gleichgeordnete Rechtsfolgen, oder die eine wird als grundsätzlich überwiegende Regel, die andere dagegen als inhaltlich begrenzte Ausnahme erkannt.

1) Erbler glaubt, innerhalb des BGB eine Systemspaltung nachweisen zu können ³⁾. Nach seiner Ansicht gehört § 323 einem romanistisch-gemeinrechtlichen, § 616 dagegen einem deutschrechtlichen System an. Ein Regel-Ausnahmeverhältnis sei nur innerhalb ein und desselben Systems denkbar: da die Vorschriften verschiedenen Systemen angehören, stellen sie selbständige Grundsätze dar und können nicht miteinander in Zusammenhang gebracht werden.

1) vgl. unten Abschnitt E

2) vgl. z.B. BGHZ 17/266, 282

3) DAR 38/286 ff, 288, 289

Dennoch liegt es nicht nahe, innerhalb eines Gesetzeswerks von mehreren verschiedenen Systemen auszugehen. Aus dem Gesetz selbst läßt sich hierfür nichts herleiten. Vielmehr ergeben die Motive eine deutliche Beziehung zwischen § 323 und § 616 BGB ¹⁾.

Erbler hat seine Beweisführung vorwiegend entstehungsgeschichtlich gestützt. Dabei ist richtig, daß § 616 BGB mit deutschrechtlichem Gedankengut eng verbunden ist. Es ist aber nicht richtig, § 323 BGB in allzu engen Zusammenhang mit römischem oder gemeinem Recht zu bringen. Die Vorschrift steht zunächst sogar im Gegensatz zu dem älteren römischen Recht ²⁾. Nach v. Gierke ist hier gegenüber dem römischen und gemeinen Recht ein Gedanke deutscher Herkunft eingedrungen ³⁾. § 323 BGB entspricht aber auf der anderen Seite auch der steigenden Anerkennung des funktionellen synallagma im späteren römischen Recht ⁴⁾, so daß sich hier zumindest deutsches und romanistisches Gedankengut treffen dürften. Jedenfalls ist die Vorschrift dem gemeinen Recht nicht so weitgehend verhaftet, daß man daraus auf unterschiedliche Systeme im BGB schließen könnte.

II) Tatsächlich kann § 616 BGB im Rahmen des BGB nicht als regelwidrige Ausnahmenvorschrift, also gewissermaßen als Anomalie gelten. Dies würde voraussetzen, daß er ein allgemeines Rechtsprinzip durchbricht ⁵⁾, was aber im herkömmlichen Sinne nicht der Fall ist.

1) Das Begriffspaar Regelrecht-Ausnahmerecht (ius singulare) darf nicht verwechselt werden mit dem Begriffspaar allgemeines Recht (lex generalis) - besonderes

1) Motive zum BGB II S. 463

2) s.o. I A III, 2, 3

3) Deutsches Privatrecht III S. 289

4) vgl. oben Anm. 2; Esser a.a.O. S. 31

5) Enneccerus-Nipperdey 15. Bearb. S. 295; Lehmann, Allgemeiner Teil 11. Aufl. S. 33

Recht (lex specialis). Niemand wird leugnen wollen, daß § 616 BGB im Verhältnis zu § 323 BGB lex specialis ist, denn zu offensichtlich ist die eine Vorschrift auf einen allgemein gefaßten Tatbestand zugeschnitten und die andere auf einen gesonderten Bereich.

Aus der Kennzeichnung des § 323 BGB als lex generalis folgt aber noch nicht, daß diese Vorschrift im Verhältnis zu § 616 BGB das gesetzliche Prinzip darstellt, das durch eine singuläre Vorschrift durchbrochen wird. Die Spezialvorschrift unterscheidet sich von der allgemeinen Regelung nur durch ihren Anwendungsbereich, nicht in prinzipieller Hinsicht.

2) Ein allgemeines Rechtsprinzip, das § 616 BGB durchbricht, ist in § 323 BGB nicht enthalten.

Soweit dort allerdings der Grundsatz "Keine Leistung ohne Gegenleistung" oder "Ohne Arbeit kein Lohn" ausgedrückt ist, würde es naheliegen, daß § 616 BGB diesen Grundsatz als ius singulare durchbricht. Insoweit käme eine restriktive Auslegung und auch ein Analogieverbot in Betracht ¹⁾.

Aber § 616 BGB schließt gar nicht den § 323 Abs. 1 erster Halbsatz BGB aus, in dem der erwähnte Grundsatz voll zum Ausdruck gekommen sein mag. Die Vorschrift stellt sich nicht gegen den Satz "Ohne Arbeit kein Lohn" ²⁾. Vielmehr bezieht sie sich nur auf § 323 Abs. 1 zweiter Halbsatz BGB, der, wie bereits ausgeführt, dem synallagmatischen Prinzip nur bedingt entspricht. Hier hat der Verhinderte bereits Arbeit geleistet und wird sie noch leisten. Für diese Arbeitsleistung im ganzen wird er auch im ganzen entlohnt. Ohne jede Arbeitsleistung gibt es keine Lohnzahlung und auch keine Lohnfortzahlung. Ist aber die synallagmatische Bindung bei teilweisem Fortfall der Arbeitspflicht nicht schlechthin aufgehoben, so kann das Gesetz im allgemeinen Teil eine Minderung der Vergütungspflicht und für den Dienstvertrag deren Fortbestand anordnen, ohne dieses Prinzip zu durchbrechen.

1) Enneccerus-Lippert 15. Bearb. I S. 295; Bedenken äußert Lehmann, Allgemeiner Teil 11. Aufl. S. 33 d

2) a.A. Frey, Die Feiertagsbezahlung S. 14; Schlessmann, Arbeitsvertrag S. 206; vgl. BAG AP Nr. 4, Feiertagslohnzahlungsgesetz. Die Argumente können aber für § 616 BGB keinesfalls gelten, weil es hier auf eine echte Arbeitsverhinderung ankommt.

Beide Vorschriften sind danach in ihrem jeweils abgegrenzten Anwendungsbereich gleichgeordnet.

3) Scheidet das synallagmatische Prinzip in diesem Zusammenhang aus, so wäre noch zu fragen, ob in § 323 BGB etwa ein anderes allgemeines Rechtsprinzip zum Ausdruck kommt. Hierfür käme das Äquivalenzprinzip in Betracht. Sind die Vertragsparteien davon ausgegangen, daß die wechselseitig versprochenen Leistungen einander wertmäßig entsprechen müssen, so erkennt § 323 BGB das an, indem bei teilweisem Fortfall der einen Leistungspflicht die andere wertmäßig gemindert wird. Diesem Grundgedanken würde § 616 BGB widersprechen.

Hinter diesem Gedankengang verbirgt sich aber in Wirklichkeit ein weiterer, koordinierender Gesichtspunkt. Zurückgegriffen wird ja auf einen allgemeineren Gedanken als er in § 323 BGB zum Ausdruck gekommen ist. Diese allgemeine Regel des § 323 BGB ist genauso wie § 616 BGB den noch allgemeineren Regeln der §§ 157, 242 BGB unterworfen. Der Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht den allgemeinen Teil des Schuldrechts wie auch den besonderen Teil ¹⁾. Das Äquivalenzprinzip hat nicht in § 323 seinen Sitz, sondern gründet im Grundsatz von Treu und Glauben. Hier muß es seinen Ursprung haben; denn es mag wohl im allgemeinen billig sein, daß § 323 BGB eine wertmäßige Minderung der Gegenleistungspflicht anordnet, die geringste Verschiebung im konkreten Falle aber muß diese Anordnung ganz oder teilweise außer Kraft setzen. So ist für den Dienstvertrag bereits festgestellt, daß auch unter Berücksichtigung unerheblicher Verhinderungen die Arbeitsleistung im ganzen durchaus einen Wert für den Arbeitgeber hat. Wäre sie nach Ansicht des Arbeitgebers der vollen Lohnzahlungspflicht nicht äquivalent, so würde er ein solches Vertragsverhältnis unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten überhaupt nicht eingehen, woran ihn niemand hindern könnte.

Der "Grundsatz" des § 323 Abs. 1 zweiter Halbsatz kann daher im gesetzlichen System gar nicht in seiner

1) Hierauf hatte schon Krahmer a.a.O. S. 10 hingewiesen.

abstrakten und starren Form gelten, weil Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eine Anpassungsmöglichkeit erzwingen. Umsomehr ist es von diesem einheitlichen Gesichtspunkt aus notwendig, wenn § 616 BGB eine Regelung trifft, die für den besonderen Bereich des Dienstvertrages sagt, was recht und billig ist.

Hat sich schon vom synallagmatischen Prinzip her ergeben, daß die §§ 323 und 616 BGB unterschiedliche, aber an sich gleichwertige Folgerungen aus der gegenseitigen Verknüpfung ziehen, so gilt das gleiche auch für das materielle Äquivalenzprinzip nach Treu und Glauben. Auch von da aus gesehen, erscheinen beide Vorschriften als zwar gegensätzliche, aber gleich mögliche und gleichgeordnete Auswirkungen eines einheitlichen Grundsatzes.

4) Das darf nicht durch die Stellung der Vorschriften im allgemeinen und im besonderen Teil des Schuldrechts des BGB verschleiert werden. Bezeichnet man § 616 BGB als eng auszulegende Ausnahme, so überschätzt man dadurch zugleich auch das Gewicht der allgemeinen Regelungen im BGB.

§ 323 BGB zum Beispiel regelt die funktionelle Abhängigkeit zweier Leistungspflichten in abstrakter und allgemeiner Form. Er bezieht sich damit auch lediglich auf das abstrakte, gedankliche synallagma eines nur gedachten Vertrages. Diesen abstrakten Vertrag gibt es nicht. Es gibt kein abstraktes synallagma, sondern nur ein solches im einzelnen Vertragsverhältnis, im Vertrag sui generis, im Kaufvertrag, im Lieferungsvertrag, im Werk-, Dienst- oder Arbeitsvertrag. Leben gewinnen die allgemeinen Regeln erst im einzelnen Vertragstyp, also § 323 in Verbindung mit §§ 433 ff oder in Verbindung mit §§ 611 ff BGB! Im einzelnen Vertragstyp kann der allgemeinen Regel nicht von vornherein grundsätzliche Überlegenheit zufallen. Dies erst dann, wenn keine Besonderheiten vorhanden sind, die eine Anpassung und Veränderung erforderlich machen. Im besonderen hat das Besondere den Vorrang.

Im einzelnen Vertrag mit seinem konkreten Inhalt, den jeweils verschiedenen Wertvorstellungen der Parteien und dem dadurch immer besonders gestalteten Parteiwillen kann die allgemeine Regelung notwendig nicht in ihrer allgemeinen Form gelten. Die §§ 320 ff BGB sind nach Dernburg ¹⁾ "Abstraktionen, die kaum für irgend einen Vertrag vollständig zutreffen". "In der absoluten Fassung, die ihnen im Gesetz gegeben wird, finden jene Grundsätze fast nirgends ein Anwendungsgebiet. Sie erhalten Inhalt und Klarstellung erst durch die einschränkende und umgestaltende Anpassung an den konkreten Tatbestand des einzelnen Vertragsverhältnisses" ²⁾.

Die allgemeinen Regeln müssen daher als anpassungsfähige und gewissermaßen vor die Klammer gezogene, klarstellende Normen gedacht werden. Im Einzelvertrag kommt es schon vom Begriff des Vertrages her auf den rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien an. Auch das synallagma entwickelt sich aus dem besonderen Rechtsfolgenwillen der Parteien und muß von da her seinen besonderen Inhalt erhalten. Dieses subjektive Element des synallagma-Begriffes wird im BGB keineswegs verkannt, wie der umfangreiche besondere Teil des Schuldrechts zeigt. Das BGB will daher auch den allgemeinen Regeln nicht grundsätzlich ein Übergewicht geben, sondern nur dann, wenn mit ihrer Hilfe ein gesetzgeberisches Prinzip gegenüber den besonderen Abmachungen der Vertragspartner durchgesetzt werden soll. Keinesfalls können alle Ausformungen des besonderen Schuldrechts, die ja aus der Natur des jeweiligen Vertragsverhältnisses notwendig folgen müssen, als Anomalie, als ius singulare im Gegensatz zu den allgemeinen Regeln stehen.

5). Ein Übergewicht der einen oder der anderen Bestimmung kann auch nicht aus der Größenordnung des jeweiligen Anwendungsbereichs geschlossen werden. Dies gilt auch dann, wenn man damit meint, § 323 BGB greife ja immer ein, sobald § 616 BGB aus irgend einem Grunde entfalle.

1) zit. nach Krahmer a.a.O. S. 9; vgl. daselbst Anm 10-13

2) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I Vorwort S. VII, VIII

Man kann nämlich keineswegs sagen, § 323 BGB gelte in allen Fällen, in denen § 616 BGB nicht gilt. Vielmehr stehen beide Vorschriften in einer Reihe mit einer ganzen Anzahl von Bestimmungen, die ebenfalls das Verhältnis von Arbeits- und Lohnzahlungspflicht regeln und sogar speziell den Einfluß teilweiser Verhinderung auf die Gegenleistungspflicht. Hierher gehören zum Beispiel § 1 Feiertagslohnzahlungsg (BGBI. I 51/479), §§ 37 Abs. 2, 42 Abs. 2 BetrVerfG, §§ 10 Abs. 1, 7 Abs. 2, 12 Abs. 1 MuSchG, §§ 63, 72 HGB, § 133 c Abs. 2 GewO, § 90 a pr. BergG und § 1 ArbKrankhG (BGBI. I 57/649). Überall handelt es sich um spezielle Normierungen, die allein schon durch ihre auffällige Anzahl darauf hindeuten, daß es sich nicht um systemwidrige Anomalien handeln kann, sondern um zwar reichmäßig abgegrenzte, sonst aber gleichgeordnete, aus der Natur der Sache folgende Regelungen.

Es muß also dabei bleiben, daß § 616 BGB im Verhältnis zu § 323 BGB zwar *lex specialis*, nicht aber *ius singulare* ist.

III) In systematischer Hinsicht wird der Ausnahmegedanke vielfach mit dem Schutzgedanken vermischt. Nach Potthoff ¹⁾ hat der Gesetzgeber den § 616 BGB als so stark abweichend vom Grundsatz empfunden, daß er es nicht "gewagt hat, sie zwingend zu machen".

1) Nun betrifft die Frage, ob eine Vorschrift zwingenden Charakter haben soll, nicht vorwiegend ihr Verhältnis zu den Grundsätzen des gesetzlichen Systems im allgemeinen. Sie betrifft in erster Linie das Prinzip der Vertragsfreiheit. Hier aber ist fast allgemein anerkannt, und das muß Potthoff entgegengehalten werden; daß sowohl § 323 ²⁾,

1) JW 22/522

2) vgl. Larenz a.a.O. I 2. Aufl. S. 41; Hueck Anm. ARS 37 Ziff. 6 S. 243

als auch § 616 Abs. 1 BGB ¹⁾ unter der Herrschaft der Vertragsfreiheit stehen und somit beide abdingbar sind. Daß die eine oder die andere Vorschrift den beherrschenden Grundsatz enthalte, läßt sich daher aus diesem Gesichtspunkt nicht herleiten. Im Gegenteil ergibt sich aus der gleichen Abdingbarkeit eher ein zusätzliches koordinierendes Moment: der Gesetzgeber hat einen Grundsatz bei beiden Vorschriften nicht unter allen Umständen durchsetzen wollen.

2) Zum gleichen Ergebnis kommt v. Blume von seiner Unterscheidung zwischen Regel- und Zwangsrecht her ²⁾.

Das BGB habe, vom Prinzip der Vertragsfreiheit ausgehend, nur eine Reihe von Vertragstypen behandelt und dort aufgezeigt, was es für den Regelfall als recht und billig ansehe. Alle abdingbaren Normen des Schuldrechts seien daher dem ius aequum gleichgeordnet zugehörig ³⁾. Nur die zwingenden Vorschriften seien unregelmäßig und daher Ausnahme. Zeige § 323 BGB, daß es in der Regel billig sei, wenn sich bei unterbliebener Leistung die Gegenleistung mindere, so bleibe die Vorschrift doch abdingbar. Da auch § 616 BGB abdingbar ist, folgert v. Blume, seien beide Vorschriften, da zum Regelrecht gehörig, auch untereinander gleichgeordnet.

Im Ergebnis ist v. Blume beizupflichten, nicht jedoch schon wegen der gleichmäßigen Abdingbarkeit allein. Die zwingende Vorschrift (ius cogens) ist nicht unbedingt ein Gegensatz zum Regelrecht. Das Gesetz kann ja eine der allgemeinen Regeln entsprechende Norm noch zusätzlich zwingend gestalten, wenn dies aus besonderen Gründen erforderlich ist ⁴⁾. Die Einfügung des § 616 Abs. 2 ist ein beredtes Zeugnis hierfür ⁵⁾. Nach v. Blume's Ansicht müßte eine zunächst abdingbare Vorschrift, die später einmal zwingend gestaltet wird, einen

1) vgl. §§ 619, 616 Abs. 2 BGB; RAG ARS 40/282; BAG NJW 57/438 Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 311; Nikisch a.a.O. I S. 511; Staudinger-Mohnen Anm. 65 § 616 BGB; Fluhr a.a.O. S. 18; Schelp-Herbst BABl 56/67, 72; Heimeier Betr. 53/Beilage 2; a.A.: Dersch RDA 52/56, WzSV 56/6; Nelken DJZ 3/210, 211

2) Recht 02/S. 6 ff

3) zum ius aequum und strictum Lehmann Allg. Teil S. 34; Enneccerus-Nipperdey a.a.O. S. 305

4) vgl. Lorenz a.a.O. II 2. Aufl. S. 41

5) nur für Angestellte, um den Zweck der Änderungen der RVO 1930/31 nicht zu gefährden.

Charakterwandel erfahren. Es ist aber nicht einzusehen, warum eine Vorschrift nicht zwingend und zugleich billig sein können soll.

Das wäre nur dann in gewisser Weise zweifelhaft, wenn der Gesetzgeber in einen zum Regelrecht gehörenden Normenkreis einseitig zugunsten eines Vertragsteils eingegriffen hätte; der eigentliche Gegensatz zum normalen Billigkeitsrecht ist daher nicht die zwingende Norm an sich, sondern die zwingende und einseitige Schutznorm.

3) Vielfach wird § 616 Abs. 1 BGB als soziale Schutznorm bezeichnet, damit soll aber nicht immer ein besonderer rechtlicher Gesichtspunkt hervorgehoben werden, sondern eher eine Beschreibung der sozialen Wirkungen der Lohnfortzahlung ¹⁾.

Dogmatisch ist der Schutzgedanke in diesem Zusammenhang wie gesagt jedoch nur verwendbar, wenn er zu einem einseitigen, zwingenden Eingriff des Gesetzgebers geführt hat. In dieser Richtung hat Stoll ²⁾ ausgeführt:

"Der Schutz der Arbeitskraft erfordert grundsätzlich Gefahrtragung durch den Arbeitgeber. Das führt das BGB dazu, dem Arbeitnehmer bei Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen trotzdem den Lohnanspruch zu erhalten und somit Gewinninteressen des Arbeitgebers den Existenzinteressen des Arbeitnehmers zu opfern".

Hätte das Gesetz jedoch § 616 BGB wirklich als Schutzvorschrift dieser Art aufgefaßt, so hätte es doch als erstes nahegelegen, die Vorschrift zwingend zu gestalten; wirksamen Schutz kann nur ein zwingendes Gesetz bieten ³⁾. Das BGB hat diesen Schutz nicht gewährt, wie § 619 zeigt; es ist auch später dabei geblieben, wie § 619 Abs. 2 erweist.

Die Wirkung des § 616 BGB ist daher innerhalb des Vertrages noch besonders an den Parteiwillen gebunden. Die Vorschrift ist deshalb keine Schutznorm. Sie gibt aber die Ansicht des Gesetzgebers zu erkennen, wie das synallagma bei diesem Vertragstyp in der Regel auszusehen habe.

1) vgl. aber BAG NJW 57/438; BGH NJW 56/1473; LG Hamburg Versl 53/204; Nikisch a.a.O. I S. 511; Dersch RDA 52/56; Scheiff a.a.O. S. 7

2) DAR 38/240

3) das gibt auch Nikisch a.a.O. Anm. 1 zu; vgl. Potthoff, Arbeitsrecht 22/281, Arbeitsrecht- Das Ringen um werdendes Recht- S. 103, der bezweifelt, ob § 616 einen Wert habe!

C) § 616 BGB und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.

Bei den Versuchen, § 616 BGB aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsvertragsverhältnis zu erklären, wird nicht immer deutlich, welche Bedeutung die Fürsorgepflicht in diesem Zusammenhang haben soll. Einige sehen in § 616 BGB einen "Ausfluß der Fürsorgepflicht" ¹⁾, andere eine "positiv-rechtliche Ausgestaltung der Fürsorgepflicht" ²⁾, wieder andere lediglich eine Entsprechung im Verhältnis von Lohnfortzahlung und Fürsorge ³⁾. Dabei schwanken die Formulierungen nicht nur innerhalb ein- und derselben Darstellung ⁴⁾, sie haben auch erhebliche rechtliche Auswirkungen. Während man nämlich sicherlich nichts gegen eine Auslegung des § 616 BGB im Einklang mit der Fürsorgepflicht einwenden kann, fragt es sich andererseits doch sehr, ob die Lohnfortzahlung ihrem inneren Wesen nach eine fürsorgerische Leistung des Arbeitgebers darstellt, die nur die äußere Gestalt der Lohnzahlung angenommen hat. Gegen eine allzu enge Verbindung der Lohnfortzahlung mit der Fürsorgepflicht ist wiederholt gewarnt worden ⁵⁾.

Die entscheidende dogmatische Frage lautet hier, ob § 616 BGB einen Fürsorgeanspruch in Lohnform enthält, oder ob ein echter Lohnanspruch vorliegt, der nur von der Fürsorgepflicht mitbeeinflusst ist. Es fragt sich also, wie Fürsorgeprinzip und Lohnprinzip hier miteinander konkurrieren.

- 1) vgl. Schelp-Trieschmann, Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle S. 78; Maus, Arbeitsrecht 2. Aufl. V S. 76, VI S. 63; Denecke BGB'RGRK 10. Aufl. Anm. 1 § 616, BB 51/58, DAR 38/191; Zimmermann, NJW 54/625; Hein a.a.O. S. 41; Nelken DJZ 3/ 210; Nikisch, DAR 38/ 183; RAG ARS 40/282; BAG NJW 56/78, 57/1292; BAG AP Nr. 27 § 616 BGB
- 2) Staudinger-Mohnen Anm. 14, 59 § 616 BGB; R. Lehmann, Entwicklung und Inhalt der Fürsorgepflicht S. 94; Hueck Anm. AP Nr. 2 § 616 BGB; Fluhr a.a.O. S. 17; Mendigo AuR 55/256; BGH NJW 56/ 1473; OLG Freiburg VersR 53/150; OLG Bremen AP Nr. 3 § 616 BGB
- 3) Trieschmann Betr. 55/801; Waldmann AuR 55/83; auch Dersch RDA 49/329; Erbler DAR 38/289; Friedrich VersR 52/150
- 4) vgl. Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 302 und 377 !
- 5) Siebert, Festschrift f. Lehmann S. 684; Lehmann JZ 55/459; Erman-Küchenhoff Anm. 6 § 616 BGB; Aye BB 55/351

I) Diese Frage ist allerdings noch nicht damit gelöst, daß man Fürsorgepflicht und Lohnzahlungspflicht gleichsetzt.

Diesen Gedanken vertritt insbesondere Taube ¹⁾, für den sich Lohn und Fürsorge inhaltlich decken, und für den dann nicht nur die Lohnzahlung, sondern auch die Lohnfortzahlung eine echte fürsorgerische Leistung des Arbeitgebers darstellt. Eine Stütze findet Taube aber nur in der zur Zeit der Geltung des AOG vertretenen Meinung, alle Pflichten im Arbeitsverhältnis, also auch die Lohnzahlungspflicht, seien ein Ausfluß der Treu- und Fürsorgebeziehung ²⁾. Nach dem Fortfall des AOG kann diese Meinung nicht mehr aufrechterhalten werden. Nur für den Fall der Lohnfortzahlung wird noch eine Vermischung von Lohnzahlungs- und Fürsorgeprinzip vertreten, weil hier die Gegenleistung zugleich in Erfüllung der Fürsorgepflicht erfolge ³⁾.

Für die heutige Rechtslage fragt es sich aber zunächst, ob nicht doch eine klare Scheidung zwischen Lohnzahlungspflicht und Fürsorgepflicht besteht. Ist das der Fall, so wird sich die Trennung auch auf die Lohnfortzahlung auswirken müssen. Von der grundsätzlichen Trennung ausgegangen, wäre es insbesondere nicht berechtigt, beide Pflichten im Falle des § 616 BGB zu vermischen oder sogar zu vertauschen, und so an die Stelle des vom Gesetz klar aufrechterhaltenen Lohnanspruchs einen Fürsorgeanspruch zu setzen.

II) Nach den §§ 611 ff BGB müssen Lohnprinzip und Fürsorgeprinzip deutlich getrennt werden.

§ 611 BGB setzt zunächst einmal nur Arbeitspflicht und Lohnzahlungspflicht als Hauptpflichten in Beziehung miteinander. Die Elemente von Leistung und Gegenleistung, der wirtschaftliche Sinn des Vertrages, der nun einmal auf den Austausch von Arbeit gegen Lohn zielt, sind heute mehr und mehr anerkannt ⁴⁾.

1) VersR 56/139, 141

2) Hueck-Nipperdey-Dietz Anm. 17 b § 2 AOG, dort: Dietz, Festschrift f. Hedemann S. 330; Siebert, Das Arbeitsverhältnis..., S. 101; K. Lehmann a.a.O. S. 94

3) Fleischmann, VersR 52/ 214; Steindorff JZ 59/1

4) BAG NJW 56/77, 57/1292, BB 59/338 = NJW 60/738, 741

1) Neben diese Hauptpflichten treten im BGB-System Fürsorgepflichten nach den §§ 157, 242 - 617, 618.

Daß das BGB einen deutlichen Unterschied zwischen Lohnzahlungs- und Fürsorgepflicht macht, zeigt sich besonders an § 617: Während nach § 616 der Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung erhalten bleibt, hat der im Hausstand des Arbeitgebers lebende Arbeitnehmer darüberhinaus noch Anspruch auf Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen. § 617 Abs. 1 Satz 3 BGB bestimmt nun:

" Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden".

Dem Wortlaut nach geht das Gesetz von einer fortbestehenden Vergütungspflicht aus und unterscheidet davon Fürsorgeleistungen. Bezeichnenderweise werden nicht die beiden Leistungen gegenseitig angerechnet, sondern nur die Kosten der Fürsorgeleistungen. Beide Leistungen sind inhaltlich unterschieden. Die Fürsorgeleistung hat die Person des Erkrankten im Auge und muß für seine Bedürfnisse ausreichend sein. Der Vergütungsanspruch liegt dagegen abstrakt fest.

Man kann auch nicht einwenden, gerade die Anrechenbarkeit zeige, daß es sich um inhaltlich gleichartige Leistungen handle. Denn der Sinn der Anrechnung ist der gleiche wie in § 616 Abs. 1 Satz 2. Es soll lediglich eine unangemessene Besserstellung des Arbeitnehmers durch Doppelbezug verhindert werden.

2) Eine deutliche Sonderbehandlung von Fürsorgepflicht und Lohnfortzahlungspflicht zeigt sich auch an § 619 BGB. Während die ausgesprochenen Fürsorgeansprüche nach dieser Vorschrift zwingenden Rechts sind, bleibt die Lohnfortzahlung nach § 616 BGB abdingbar.

Ein echter Fürsorgeanspruch kann aber im Grunde nicht der Privatautonomie der Vertragsparteien unterliegen. Dies würde der gesamten Entwicklung des Arbeitsrechts ¹⁾ zuwiderlaufen, die ja gerade von einer Einschränkung der

1) vgl. Herschel, Vom Arbeiterschutz zum Arbeitsrecht, Festschrift zum .. Juristentag I S. 305

Privatautonomie zugunsten der wesensmäßigen Erfordernisse der abhängigen Arbeit ausgegangen ist. Dabei werden Fürsorgepflichten, ganz gleich, ob man sie einem Schutzprinzip oder dem Wesen des Arbeitsvertrages oder schließlich dem Grundsatz der §§ 157, 241 BGB entnimmt, grundsätzlich nach Sinn und Zweck zwingenden Charakter haben müssen ¹⁾. Man kann also die Lohnfortzahlung nach § 616 BGB nicht auf der einen Seite aus der Fürsorgepflicht herleiten und sie dann auf der anderen Seite wieder für abdingbar erklären. Eine Abdingbarkeit kommt nur in Betracht, wenn die Lohnfortzahlung ihre Wurzel in der Lohn-Arbeitbeziehung hat, weil der Anspruch dann nicht direkt aus der unabdingbaren Fürsorgepflicht entspringt.

Es bleibt allerdings dann noch zu prüfen, ob nicht die Ausschlußabrede im Einzelfall gegen Treu und Glauben verstößt ²⁾. Aber diese Konstruktion setzt eben nicht an der grundsätzlichen Ausschlußmöglichkeit, nicht am inhaltlichen Charakter des Anspruchs an, sondern an der Vereinbarung im Einzelfall.

3) Die Unterscheidung von Fürsorgeverpflichtung und Lohnfortzahlung wird ferner im Fall des § 629 BGB deutlich, Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses muß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen einer anderen Stelle gewähren. Der Anspruch auf Dienstbefreiung ist als Fürsorgeanspruch mit Schutzzweck anerkannt und daher auch grundsätzlich zwingend.

Fraglich ist nur, ob der Arbeitgeber auch verpflichtet ist, während der Stellensuche den Lohn weiter zu zahlen. Da § 629 BGB hierzu nichts sagt, kommt nur die Regelung des § 616 BGB in Betracht ³⁾. Diese wiederum ist abdingbar,

1) RAG ARS 40/282, 287; Nikisch a.a.O. 2.Aufl.I S.417 Ziff.2, S. 512, 698; Rust DAR 35/335; Staudinger-Nipperdey 10.Aufl. Anm. 66 § 616 BGB; vgl. BAG NJW 59/1555 = AP Nr. 26 § 611 BGB-Fürsorgepflicht-, das sich streng an § 619 BGB hält, einen Haftungsausschluß für grobe Fahrlässigkeit aber auch in anderen Fällen der allg. Fürsorgepflicht für unzulässig hält.

2) Nikisch a.a.O. S. 512; Fluhr a.a.O. S. 60 f; Poetsch DAR 38/57; Rust a.a.O.

3) h.M.: nicht Gewohnheitsrecht wie Erman-Küchenhoff Anm. § 616 BGB: vgl. BAGE 4/189 = AP Nr. 1 § 629 BGB

was für den Fall der Stellensuche oft unbillig wirkt; dies besonders, wenn der Arbeitnehmer bei unverschuldeter Kündigung durch den Arbeitgeber auch noch zur Stellensuche auf eigene Kosten gezwungen wird.

Hier tritt wieder die Widersprüchlichkeit auf, in § 616 einen Fürsorgeanspruch hineinzulegen und ihn dennoch für abdingbar zu halten. Der Anspruch auf Freizeit soll als Fürsorgeanspruch unabdingbar, der Anspruch auf Lohnfortzahlung soll als Ausfluß der Fürsorgepflicht aber abdingbar sein, auch im Falle des § 629 BGB ¹⁾.

Das RAG hatte allerdings in der Abdingung des § 616 für den Fall des § 629 BGB einen Verstoß gegen Treu und Glauben gesehen ²⁾; Nikisch konstruiert genauer einen Verstoß gegen die Fürsorgepflicht ³⁾, während Brobowski wohl den inneren Widerspruch empfindet und deshalb versucht, die Lohnfortzahlungspflicht im Falle des § 629 BGB aus § 616 BGB in Verbindung mit der Fürsorgepflicht herzuleiten ⁴⁾. Hiergegen wendet das BAG ein, es werde dabei übersehen, "daß letztere Norm eben eine gesetzliche Bestimmung hinsichtlich der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist. Ist § 616 abdingbar, so verstößt es nicht gegen die Fürsorgepflicht, wenn er auch in den Fällen des § 629 BGB abgedungen wird" ⁵⁾. Ein klassischer Zirkelschluß, wenn man bedenkt, daß das BAG eine Begründung für seine Voraussetzung, den angeblichen Fürsorgecharakter des § 616 BGB nicht gibt. In § 616 wird etwas hineingelegt, was hinterher wieder aus ihm gefolgert wird. Wäre § 616 aber wirklich ein echter Fürsorgeanspruch nach Treu und Glauben, so dürfte er genauso wenig abdingbar sein wie der Freizeitanspruch. Der Grundsatz der §§ 157, 242 BGB ist nicht abdingbar, weil er sonst jeglicher Wirkung beraubt sein würde. Wenn das Gesetz die beiden Ansprüche unterschiedlich bewehrt und dabei nicht willkürlich sein soll, so geht es doch von inhaltlich verschiedenen Ansprüchen aus ⁶⁾

1) BAG a.a.O.; Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 418; Staudinger-Mohnen Anm. 17 § 629 BGB; Denecke BGB'RGRK 11. Aufl. Anm. § 629; Schnorr v. Carolsfeld a.a.O. S. 276; Gros, ARBlattei, Stellensuche I E; Brobowski-Gaul, Das Arbeitsrecht 3. Aufl. S. 207; Palandt 19. Aufl. Anm. § 629 BGB

2) ARS 3/21

3) a.a.O. S. 698 Ziff. 4

4) 2. Aufl. S. 258

5) s.o. = NJW 57/1292

6) vgl. auch BAG GS NJW 60/741 = AP Nr. 22 § 616 BGB

4) Schließlich sei auf die Sonderung von Treu- und Fürsorgebeziehung und Lohnseite hingewiesen, die viele Vertreter der Fürsorgetheorie bei der Frage nach dem Verschuldensmaßstab in § 616 BGB selbst vornehmen.

Sieht man § 616 BGB wirklich als Ausfluß der Fürsorge und Treuebeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer an, so wäre es allein konsequent, den Maßstab des Verschuldens hinsichtlich der Dienstverhinderung auch an diese Beziehung anzulegen. Soll der Arbeitgeber also auf Grund der dem Arbeitnehmer geschuldeten Fürsorge (Treue) zur Lohnfortzahlung verpflichtet sein, so wird dies nur dann nicht gelten können, wenn der Arbeitnehmer gegen die Treuebeziehung verstoßen hat, also seine Krankheit zum Beispiel durch einen Verstoß gegen die Treuepflicht (objektive Seite) schuldhaft herbeigeführt hat (subjektive Seite). Nur wenige gehen diesen Weg ¹⁾.

Im übrigen schrecken viele vor dieser Konsequenz zurück. Das Verschulden wird im Verhalten "gegen sich selbst" ²⁾, in besonders nachlässigem, leichtfertigen Verhalten ³⁾ oder in gesellschaftstypischer Selbstgefährdung (was üblich ist, ist nicht fahrlässig) ⁴⁾ gesehen. Was wirklich der materielle Maßstab des Verschuldens ist, wird nicht immer klar. Nach der BGB-Dogmatik kommt doch grundsätzlich nur eine Pflichtverletzung als Verschuldensinhalt in Frage. Auf welche Pflicht des Arbeitnehmers das Gesetz in § 616 abstellt, ist hier allein zu prüfen. Ist es die Treuepflicht, dann muß das Verhalten des Arbeitnehmers an ihr, und nicht an der Umgebung oder an "sich selbst" gemessen werden. Gehört § 616 in die Lohn-Arbeitbeziehung, dann kommt es auf die Verletzung der Arbeitspflicht an. Dies ist die richtige Lösung ⁵⁾.

1) Hueck-Nipperdey a.a.O. 6. Aufl. I S. 304; in der 5. Aufl. I S. 220 wird noch auf die Arbeitspflicht abgestellt! vgl. Denecke BGB;RGRK 10. Aufl. Anm. 2 § 616, nicht mehr 11. Aufl.!

2) Kupke BfStR (SozVersArbR) 56/59; Titze, Ehrenbergs Handbuch II 2 S. 753; Nikisch a.a.O. 2. Aufl. I S. 506; Fluhr a.a.O. S. 36; Würdinger HGB'RGRK 2. Aufl. Anm. 1 § 63; LAG Stuttgart AP Nr. 1 § 63 HGB

3) LAG Dortmund ARS 33/129; LAG Stuttgart AP Nr. 1 § 611 BGB; Staudinger-Mohnen Anm. 14 § 616 BGB

4) BAG AP Nr. 5 § 63 HGB; vgl. Steindorff JZ 59/1,8

5) vgl. Gumpert BB 60/524,526

III) Fürsorgepflicht und Vergütungspflicht sind im Gesetz klar getrennt. Dies zeigt auch ein Blick auf die dogmatischen Grundlagen der Fürsorgepflicht, wenn man dabei gleichzeitig prüft, inwieweit diese Grundlagen einen Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht rechtfertigen.

1) Ursprünglich wurde die Fürsorgepflicht nur als schuldrechtliche Nebenpflicht im Rahmen der §§ 617, 618 BGB, 62 HGB und 120 a GewO definiert ¹⁾. Eine Verbindung mit der Lohn-Arbeitbeziehung im Dienstvertragsverhältnis kam daher von vornherein nicht in Betracht, vielmehr traten die Fürsorgepflichten hinter der Lohnseite völlig zurück.

Da sich dieser gesetzliche Rahmen der Fürsorgepflicht als zu eng erwies, dehnte die Rechtsprechung den Gedanken der Fürsorgepflicht in enger Anlehnung an die gesetzlichen Bestimmungen vorsichtig aus ²⁾. Eine durchgreifende Erweiterung durch extensive Auslegung verbot sich aber angesichts des klaren Wortlauts besonders der §§ 617, 618 BGB.

Bleibt man somit im Bereich der gesetzlich geregelten Fürsorgeansprüche, so muß eine Vermischung von Fürsorge- und Lohnprinzip im Falle des § 616 BGB, wie bereits dargelegt, schon deshalb entfallen, weil das Gesetz deutlich zwischen Vergütung und Fürsorgeleistungen unterscheidet.

2) Stützt man eine erweiterte Fürsorgepflicht im Arbeitsvertragsverhältnis auf den Gedanken der Rechtsanalogie ³⁾, so ist dieser dogmatisch an sich gangbare Weg für unser Problem unergiebig. Auch die Rechtsanalogie setzt eine Gesetzeslücke voraus. Hier liegt aber gerade eine gesetzliche Regelung der Lohnfortzahlung vor. Man kann nicht aus einer erst durch Rechtsanalogie gewonnenen Rechtspflicht herleiten, daß § 616 BGB seinerseits zu den Fürsorgebestimmungen gehört.

1) vgl. Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht S. 199; Kaskel, Arbeitsrecht 3. Aufl. S. 155; R. Lehmann a.a.O. S. 29

2) vgl. RGZ 8/149, 151 (Gleichstellung mit dem Mietvertrag!), 58/102, 63/53, 55, 103/374 (allgemeiner Rechtsgedanke).

3) dieser Gedanke bei Siebert, HDWB "Arbeitsvertrag" S. 388

3) Eine Gruppe von Meinungen versucht, die Fürsorgepflicht aus objektiven Rechtsnormen außerhalb der BGB-Dogmatik herzuleiten.

a) So ist besonders in neuerer Zeit zur Lösung von Problemen der Fürsorgepflicht das aus Art. 20, 28 GG folgende Sozialstaatsprinzip herangezogen worden ¹⁾. Nach Fechner ²⁾ ist es unmittelbar als Anspruchsgrundlage zu verstehen. Die überwiegende Auffassung wendet dagegen aber zu Recht ein, daß es sich bei Art. 20, 28 GG in erster Linie um eine sogenannte Staatszielbestimmung, also um eine Richtlinie für den Gesetzgeber handelt. Das Sozialstaatsprinzip ist daher zwar als Auslegungsmaßstab, nicht aber als unmittelbare Anspruchsgrundlage verwendbar ³⁾. Allerdings kann nicht übersehen werden, daß diese Grenze zum Beispiel bei der Entwicklung des Bestandschutzgedankens beim Problem der Kettenarbeitsverträge zumindest erreicht, wenn nicht bereits überschritten worden ist ⁴⁾.

Für § 616 BGB würde das Sozialstaatsprinzip nicht mehr und nicht weniger bedeuten, als daß es bei der Auslegung mit herangezogen werden kann ⁵⁾, das innere Wesen des Anspruchs ist nicht berührt.

b) An die Stelle der Fürsorgepflicht rückt nach Bulla ⁶⁾ in vielen Fällen ein allgemein anerkanntes sozialrechtliches Schutzprinzip, und zwar als unmittelbare Grundnorm des Arbeitsrechts. Während bei Dersch ⁷⁾ die Fürsorgepflicht noch ein Unterfall des Schutzprinzips in Verbindung mit eigenständigen, zusätzlichen Rechtsquellen ist, resultiert sie bei Bulla unmittelbar aus dem Schutzprinzip als Norm, ist eine seiner Teilwirkungen.

1) vgl. BAG AP Nr. 1 § 620 BGB, Nr. 7 § 1 KSchG, Nr. 2 § 9 MuSchG; Müller Betr. 56/524 f, 549 f; einen menschenrechtlichen Einschlag nimmt Meissinger an, AR Blattei D. Treuepflicht.

2) RDA 55/161, 166

3) Müller a.a.O.; Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 358 und Festschrift f. Apelt S. 57; Geiger, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung S. 35 ff

4) Hueck-Nipperdey a.a.O. S. 484; Bötticher BB 55/673; Nikisch BB 55/197

5) vgl. Krüger RDA 55/244, 249

6) Mitteilungen d. Dt. ArbGerVerb. 57/Nr. 15, auch RDA 50/88

7) RDA 49/326, 58/445? Kaskel-Dersch a.a.O. S. 189; Festschrift f. Herschel S. 74; vgl. Farthmann RDA 60/9; nahe steht Bötticher, Waffengleichheit und Gleichbehandlung S. 3, 4 und RDA 53/163

Dieser Gedanke ist in neuerer Zeit bereits von Neumann vorbereitet worden ¹⁾. Er sieht das Arbeitsverhältnis als reinen Schuldvertrag und als Gewaltverhältnis an. Hieraus folge "als Rechtsprinzip, daß der Inhaber der Gewalt zusätzliche Pflichten gegenüber dem Objekt der Gewalt übernimmt". Diese "sozialethischen Prinzipien" sollen nicht aus dem Rechtscharakter des Arbeitsverhältnisses folgen, sondern aus der Stellung des Arbeitnehmers im "Gesamtsystem der Gesellschaft".

Gegen die unmittelbare Wirkung eines Schutzprinzips direkt oder als "Fürsorgepflicht" spricht, daß insoweit nicht genügend Rücksicht auf die grundsätzlich doch anerkannte Privatautonomie genommen wird ²⁾. Werden allzu viele Schutzwirkungen nicht in Vertragsansprüche gekleidet, sondern unmittelbar auf sozialrechtliche Normen gestützt, so wird die Privatrechtsdogmatik unzulässig beiseite geschoben.

Für § 616 verbietet sich die Heranziehung des Schutzprinzips als Fürsorgepflicht aber schon deshalb, weil es sich hier nach dem systematischen Zusammenhang eindeutig um eine vertragliche Norm handelt. Bulla führt unter den Konkretisierungen des sozialrechtlichen Schutzprinzips den § 616 BGB folgerichtig nicht auf, während Dersch die Vorschrift als auf der Grenze zwischen Entgelt - und Fürsorgebeziehung liegend darstellt ³⁾.

c) Auch auf das "immanente Wesen" des Arbeitsvertrages wird zur Begründung der Fürsorgepflicht hingewiesen ⁴⁾. Hierbei dient der Arbeitsvertrag nach seinem objektiven Sinngehalt als Rechtsnorm, doch wird dieser Gedanke nicht immer konsequent durchgeführt. Zumeist wird er in Zusammenhang mit anderen Rechtsnormen, insbesondere mit § 242 BGB gebracht. Dies dürfte auch der einzig zulässige Weg sein, das rechtlich selbständige Wesen eines Vertrages in die

1) RDA 51/1; vgl. die Ansätze bei Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts S. 155; Jacobi, Grundlehren ..., S. 54

2) Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 358 Anm. 6; Siebert RDA 58/369

3) Bulla a.a.O.; Dersch RDA 49/329

4) vgl. Brobowski 2. Aufl. S. 27, 52; Nikisch a.a.O. 2. Aufl. I S. 406, 383, 384; Maus, Arbeitsrecht 2. Aufl. I S. 27, IV S. 8, V S. 62, Das Arbeitsverhältnis S. 177; Rewolle RDA 54/258; Weimar AuR 53/246; auch Kaskel-Dersch a.a.O. S. 189, 190; Esser a.a.O. 1. Aufl. S. 290; v. Gierke, Festschrift f. Brunner S. 58

Privatrechtsdogmatik einzuführen.

Immer aber hat der Gedanke, die Fürsorgepflicht im Rahmen des § 616 BGB zu verwerten, und sie dabei auf allgemeine Rechtsnormen zu stützen, den Vorwurf der Unnötigkeit gegen sich. In § 616 BGB liegt ja eine gesetzliche Regelung bereits vor. Diese gehört zum BGB-System. Eines Rückbezugs auf eine Fürsorgepflicht, die ihren Grund nicht in der BGB-Dogmatik findet, bedarf es also nicht.

In diesem Zusammenhang sei auf die gleichlautende Polemik von Bührig und Hunn gegen die Fürsorgepflicht im Rahmen des Urlaubsanspruchs hingewiesen ¹⁾.

4) Die anerkannte Rechtsgrundlage für die Fürsorgepflicht bildet heute der Grundsatz von Treu und Glauben nach §§ 157, 242 BGB in Verbindung mit dem besonderen Wesen des Arbeitsvertragsverhältnisses. Aber auch in der so verstandenen Fürsorgepflicht hat die Entgeltbeziehung und damit die Lohnfortzahlung keine unmittelbare Wurzel.

Hinzu kommt, daß die Unterscheidung von Fürsorge und Vergütung dem Grundgedanken nach dem tiefergehenden Zwiespalt zwischen vermögensrechtlichem Austauschdenken und Personenrecht im Arbeitsverhältnis entspricht. Allerdings ist die Fürsorgepflicht im heutigen Sinne vom vermögensrechtlichen Austauschdenken her allein nicht zu rechtfertigen.

a) Für alle, die ein personenrechtliches Element im Arbeitsvertragsverhältnis grundsätzlich leugnen ²⁾, bleibt als Rechtsgrundlage einer Fürsorgepflicht nämlich nur der isolierte Grundsatz von Treu und Glauben.

So entwickelt etwa Mavridis ³⁾ unter Berufung auf Stoll die Fürsorgepflicht als reine Schutzpflicht aus den §§ 157, 242 BGB, Zwischen den allgemeinen Schutzpflichten, wie

1) Bührig AuR 54/372; Hunn AuR 55/301; vgl. Siebert RDA 56/14, 58/368 und Dersch RDA 59/329 unter II, 58/445.

2) Neumann RDA 51/1; Mavridis RDA 56/444 u. AuR 56/161; Rehahn AuR 56/38; Erman-Küchenhoff 1. Aufl. Vorb. 1 c § 611 BGB; Ramm, Die Anfechtung ..., S. 20; Schnorr v. Carolsfeld a.a.O. S. 161; Beitzke, Pflichtigkeit..., S. 9; Maus, Das Arbeitsverhältnis S. 136, Arbeitsrecht a.a.O. I S. 25; Nell-Breuning, Wirtschaft und Gesellschaft S. 294

3) RDA 56/447; vgl. Kress, Schuldrecht S. 179; Schnorr v. Carolsfeld a.a.O. S. 259

sie in jedem Schuldverhältnis bestehen können und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers besteht dann kein Wesensunterschied, sondern allenfalls ein Gradunterschied ¹⁾

Diese Konstruktion leidet jedoch an der einseitigen Betonung des Schutzgedankens. Schutzpflichten entfallen, wenn kein Schutzbedürfnis besteht. Soll also ein begüterter Arbeitnehmer keine Ansprüche auf Fürsorge, auf Urlaub, gesunde Arbeitsräume haben? Ferner stellen sich die Schutzpflichten im Sinne Stoll's lediglich als Kehrseite oder Ergänzung des positiven Sinns des Schuldverhältnisses dar. Sie sollen nur das Ziel des Vertrages ermöglichen; sie beruhen auf dem Abwehrgedanken zur Förderung und Verwirklichung des Leistungserfolges ²⁾.

b) Demgegenüber besteht im Arbeitsverhältnis ein echtes Bedürfnis nach positiver Förderung des Arbeitnehmers. Das Vertragsverhältnis kann sich nicht in der Austauschbeziehung erschöpfen. Mit reinen Abwehransprüchen zur Sicherung des Arbeitserfolges ist dem Arbeitnehmer nicht gedient. Von diesem Gedanken geht die Rechtsprechung aus und versteht unter Fürsorge als Hauptpflicht auch die positive Förderung des Wohls des Arbeitnehmers. § 242 BGB stellt ja gerade auf die Leistung ab, die nach Treu und Glauben zu erbringen ist. Der Inhalt der Leistung richtet sich aber in erster Linie nach dem einzelnen Vertragsverhältnis. Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht muß daher nach § 242 BGB auch auf das Wesen des Arbeitsvertrages gestützt werden. Diese Auffassung wird heute überwiegend vertreten ³⁾; sie bleibt über § 242 BGB ganz im Rahmen der Privatrechtsdogmatik.

Nur die so verstandene Fürsorgepflicht kommt als mitbestimmendes Element der Lohnfortzahlung in Betracht.

- 1) Mavridis RDA 56/447; vgl. auch Beitzke a.a.O. S. 10
- 2) Die Lehre von den Leistungsstörungen S. 127, 27-30; ferner AcP 136/287, 289, 298, 299; "positive Fürsorge" ist "niemals Sinn der Schutzpflicht", Leistungsstörungen s.o.S. 30.
- 3) Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 357 f., 115, 220; Enneccerus-Lehmann a.a.O. S. 18; Staudinger-Mohren Vorbem. 2 §§ 617, 618, 34, 291, 292 § 611 BGB; Siebert, HDWb "Arbeitsvertrag" S. 388; Soergel-Siebert Anm. E 3a § 242 BGB; Denecke BGB RGK 10. Aufl. Vorbem. I § 611 BGB; Larenz AP Nr. 3, 4 § 611 BGB-Fürsorgepflicht; Heck, Grundriss des Schuldrechts S. 377; Dersch RDA 58/446, BAG NJW 57/1292, AP Nr. 3 § 611 BGB-Fürsorgepflicht, Nr. 6 § 611 BGB-Urlaubsrecht; BGH AP Nr. 1 § 611 BGB-Haftung des Arbeitnehmers; vgl. RGZ 148/91. Zur Treupflicht: Frey Aur 58/208; Stecher RDA 61/261 ff

IV) Zur Klärung des Zusammenspiels von Lohnprinzip und Fürsorgeprinzip im Falle des § 616 BGB muß aber nunmehr die Funktionsweise des § 242 BGB in diesem Zusammenhang näher untersucht werden.

1) Sogar unter der Herrschaft des AOG war nämlich anerkannt, daß die Fürsorgepflicht nur eine ergänzende Funktion habe und nur zur Lückenfüllung herangezogen werden dürfe ¹⁾. Das RAG hat ausdrücklich ausgesprochen, die Fürsorgepflicht allein bilde keine genügende Grundlage für materiellvermögensrechtliche Ansprüche ²⁾. Gleichwohl hat das RAG in § 616 BGB einen Ausfluß der Fürsorgepflicht gesehen, die nur durch das Gesetz näher umgrenzt werde und einen bestimmten Inhalt erhalte ³⁾.

Als nur ergänzende Hauptpflicht kann die Fürsorgepflicht diese Wirkungsweise indessen nicht haben, denn ein gesetzlicher Anspruch liegt ja bereits vor, und dieser ist überdies vermögensrechtlicher Art. Es bleibt aber zu prüfen, welchen Einfluß die Fürsorgepflicht überhaupt haben kann, wenn man sie an § 242 BGB anlehnt, und in welche dieser Funktionsweisen die Lohnfortzahlung nach § 616 BGB passen könnte.

2) Im Wirkungsbereich des § 242 BGB lassen sich für unser Problem drei Funktionsschemen unterscheiden ⁴⁾:

a) Zunächst der Bereich der exceptio doli. Hier wirkt der Grundsatz von Treu und Glauben als Gebot der Rücksichtnahme und als Grenze der zulässigen Rechtsausübung.

b) Zweitens der Bereich der Ergänzung und näheren Ausgestaltung bereits bestehender Hauptpflichten. Hier wird der gesetzgeberische Wertungsplan an Hand von festen Rechtsgrundsätzen verwirklicht. ⁵⁾

c) Drittens der Bereich neuer, selbständiger Hauptpflichten auf Grund außergewöhnlicher Sachlagen. Hier handelt es

1) Kreller, ZAKDR 38/302

2) ARS 23/170, 34/108, 40/286; vgl. BAG AP Nr. 6 § 611 BGB-Urlaubsrecht; Dersch RDA 59/329; Molitor BB 59/925.

3) ARS 40/286

4) Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB S. 20 f; Soergel-Siebert 9. Aufl. Anm. 24, 32 § 242 BGB

5) Wieacker a.a.O. S. 21-24

sich nach Wieacker um rechtsethische Durchbrüche durch das Gesetzesrecht ¹⁾. Die dogmatische Grundlage des § 242 BGB, die an vorhandene Leistungsverpflichtungen anknüpft, ist eigentlich schon überschritten; die Vorschrift dient jedoch gewissermaßen als "Geburtshilfe", als "Eselsbrücke" richterlicher Rechtschöpfung.

3) Die Fürsorgepflicht gehört nun nach Siebert ²⁾ und Wieacker ³⁾ in das zweite Funktionsschema. Trotz sehr enger Treubindungen im Arbeitsverhältnis gelangt man damit zu einer nur ergänzenden Fürsorgepflicht. Diese Auffassung bietet aber den Vorteil, sich eng an das Gesetz halten zu können. Sie bezeichnet ferner genau die Einwirkungsstelle der *naturalia negotii* in der Leistung des § 242 BGB. Fürsorgepflichten sind danach ergänzende und modifizierende Hauptpflichten, die aus Treu und Glauben und aus der Natur der Sache folgen. Wegen dieses Zusammenhangs hätte es an sich der dispositiven Bestimmungen im BGB nicht bedurft; vielmehr hätte der Richter diese Ergebnisse nach § 242 BGB in Verbindung mit dem besonderen Charakter des einzelnen Vertragsverhältnisses auch selbständig finden müssen ⁴⁾.

4) Als echte Fürsorgebestimmung paßt nun § 616 BGB weder in das zweite, noch in das dritte Funktionsschema des § 242 BGB hinein.

Es besteht kein Anlaß, die Fürsorgepflicht als neue Hauptpflicht im Sinne eines rechtsethischen Durchbruchs durch das Gesetzesrecht heranzuziehen. § 616 BGB ist von Anfang an im Gesetz selbst enthalten gewesen.

Als ergänzende und modifizierende Hauptpflicht kann die Fürsorgepflicht im zweiten Funktionsschema des § 242 BGB nicht an die Stelle der Lohnzahlungspflicht treten. Diese Hauptpflicht wird vorausgesetzt; sie ist nach Treu

1) a.a.O. S. 36, 42-44; für Siebert gehört dieser Bereich auch zum zweiten Funktionskreis, als dritten bezeichnet er die Unzumutbarkeit bei veränderten Umständen, a.a.O. Anm. 72

2) a.a.O.

3) a.a.O. S. 23, 24; vgl. Dersch RDA 59/329 II 2

4) Wieacker a.a.O. S. 23; Rümelin hält sogar § 618 BGB für eine selbstverständliche Folge der bona fides, Dienstvertrag und Werkvertrag § 16 S. 266

und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bewirken. Es ist also die Lohnzahlungspflicht, die gestaltet wird, aber darum zunächst bleibt, was sie ist. Bezeichnet man § 616 BGB als Ausfluß der Fürsorgepflicht, so darf das demnach nur heißen, das Fürsorgeprinzip habe in diesem Falle die Lohnseite des Arbeitsverhältnisses beeinflußt.

Wie bereits festgestellt, harmonisieren die §§ 323 Abs. 1 zweiter Halbsatz und 616 Abs. 1 BGB beide nur bedingt mit dem synallagmatischen Prinzip. Aus diesem Prinzip heraus konnte der Gesetzgeber sowohl die eine, als auch die andere Rechtsfolge herleiten. Will man die gestörte Größenordnung der beiden Leistungspflichten wieder herstellen, so muß man auf das Äquivalenzprinzip zurückgehen. Hinter diesem Gedanken steht aber wiederum nur § 242 BGB als modifizierende Grundnorm, die Leistung und Gegenleistung der neuen Sachlage anpaßt. Es ist also § 242 BGB, der die Rechtsfolge des § 323 Abs. 1 zweiter Halbsatz bewirkt. Umgekehrt ist es § 242 BGB in seiner Gestalt als arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht, der die Rechtsfolge des § 616 Abs. 1 BGB bewirkt. Die Lohnzahlungspflicht wird so beeinflußt, daß sie als solche bei unerheblicher Arbeitsverhinderung erhalten bleibt. In beiden Fällen aber wird die Entgeltbeziehung durch § 242 BGB nicht ersetzt, sondern als solche beeinflußt.

§ 616 BGB läßt sich also als Auswirkung der Fürsorgepflicht auf der Grundlage von § 242 BGB kennzeichnen. Der darin enthaltene Anspruch wurzelt aber weiter in der Lohnzahlungspflicht, die eben nur nach Maßgabe des § 242 BGB bewirkt wird. Der Anspruch bleibt darum synallagmatisch gebundener Vergütungsanspruch und vertauscht sich nicht in einen selbständigen Fürsorgeanspruch in Lohnform.

§ 242 BGB ist hier die Brücke, auf der sich das besondere Wesen des Dienstvertrages durchsetzt. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist im BGB-System der konstruktiv - technische Weg zu § 616, das Wesen des Vertrages dagegen der materielle Grund für diese Verteilung des Risikos einer teilweisen Leistungsverhinderung.

D) Lohnfortzahlung nach § 616 BGB und das Wesen des Arbeitsvertrages.

I) Bereits in der Entstehungsgeschichte des § 616 BGB taucht der Gedanke auf, der Arbeitgeber müsse von vornherein mit geringfügigen Unterbrechungen der Arbeitsleistung rechnen ¹⁾. Es ist also gewissermaßen sein Risiko, wenn er bei Unterbrechungen dieser Art den Lohn fortzuzahlen hat. Jedenfalls schließt er den Vertrag unter Einschluß dieses Risikos ab.

1) Vor allem Stoll hat § 616 BGB in diesem Zusammenhang gesehen und dabei dem Arbeitgeber grundsätzlich die Gefahrtragung zugeschoben ²⁾. Gemeint ist die Vergütungsgefahr im Sinne der §§ 275, 323, 446 BGB, also die Frage, wer den Schaden tragen soll, wenn die Leistungspflicht wegfällt. Unter diesem Gesichtspunkt hat auch Potthoff den § 616 BGB behandelt ³⁾: die Vorschrift ist nicht Ausnahmeregelung, denn "in Wirklichkeit bestätigt § 616 BGB nur, was auch ohne ihn Rechtens sein müßte" ⁴⁾.

Diesem Satz muß zugestimmt werden; er stimmt mit der Entstehungsgeschichte und der Dogmatik des § 616 BGB überein. Bei der gedanklichen Durchführung treten aber, besonders bei Potthoff, erhebliche Zweifelsfragen auf.

2) Nach seiner Ansicht schuldet der Arbeitnehmer nicht Dienste, sondern stellt dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung. Während der vertraglichen Arbeitszeit ist der Arbeitgeber der "dominus der fremden Arbeitskraft" ⁵⁾. Daraus folgert Potthoff, auf den Arbeitsvertrag sei nicht § 323 BGB, sondern der Satz "casum sentit dominus" anzuwenden. Der tragende Gedanke ist also, daß der Arbeitnehmer seine Leistung bereits erbracht hat.

¹⁾ Motive zum BGB II S. 463; Protokolle II S. 280

²⁾ DAR 34/204; vgl. Esser a.a.O. S. 292 Ziff. 6 (1. Aufl.)

³⁾ JW 22/551 und Arbeitsrecht, Das Ringen um werdendes Recht S. 103

⁴⁾ JW 22/553; Arbeitsrecht a.a.O. S. 103 Ziff. b

⁵⁾ Arbeitsrecht s.o. S. 104

Ist der Arbeitgeber bereits der Herr der zu seiner Verfügung stehenden Arbeitskraft geworden, dann muß er auch die Gefahr dafür tragen, daß er die zur Verfügung gestellte Arbeitskraft nicht ausnutzen kann ¹⁾.

Diese Konstruktion läßt sich jedoch für § 616 BGB nicht halten, selbst wenn man einmal innerhalb der Terminologie Potthoffs bleibt. Der oben dargelegte Gedankengang ist von Potthoff ursprünglich für die Verteilung des Betriebsrisikos entwickelt worden. In diesem Zusammenhang stellt er fest, der Arbeitnehmer habe seine Vertragspflicht erfüllt, wenn er arbeitsfähig und arbeitswillig an der Arbeitsstätte erscheint ²⁾. Versteht man nun unter dem Begriff der zur Verfügung stehenden Arbeitskraft diesen sich täglich wiederholenden Sachverhalt, so ergibt sich für die Fälle des § 616 BGB doch ein erheblicher Unterschied. Denn hier ist der Arbeitnehmer gerade nicht zur Arbeit erschienen und auch nicht in allen Fällen überhaupt arbeitsfähig. Seine Arbeitskraft steht für die Zeit der Verhinderung ja gerade nicht zur Verfügung ³⁾. Daraus folgt, daß die Gefahr im Sinne Potthoffs nicht übergegangen sein kann.

Er will jedoch diese Fälle gleich behandeln, weil hier eine "Schwäche der zur Verfügung gestellten Arbeitskraft vorliegt, mit der jeder Arbeitgeber wie mit anderem Betriebsrisiko rechnen muß" ⁴⁾. Ein anderer als der bereits gekennzeichnete Begriff vom "zur Verfügung stehen", etwa in genereller Hinsicht, kann hier nicht zugrunde liegen. Wäre nämlich die Arbeitskraft auch im Zeitraum der Verhinderung zur Verfügung gestellt, so läge ja keine Schwäche der Arbeitskraft vor. Liegt aber eine Schwäche vor, dann ist die Arbeitsleistung unterbrochen, die Arbeitskraft steht auch nicht zur Verfügung und der Satz "casum sentit dominus" ist nicht anwendbar. So bleibt nur der Gedanke verwertbar, daß der Arbeitgeber mit geringfügigen Unterbrechungen der Arbeitsleistung

1) Arbeitsrecht 22/268, 281

2) Arbeitsrecht, Das Ringen um werdendes Recht S. 103 Ziff.c

3) vgl. Nikisch a.a.O. 2. Aufl. I S. 501

4) Arbeitsrecht 22/281 Ziff. 7

rechnen muß. Das hat aber mit dem Satz "casum sentit dominus" nichts zu tun. Denn dieser setzt voraus, daß sich ein bestimmtes Rechtsobjekt bereits im Herrschaftsbereich des dominus befindet, was hier gerade nicht der Fall ist. Im Rahmen des § 616 BGB kann dieser Satz auch deshalb nicht gelten, weil er seinem Ursprung nach in das Sachenrecht gehört ¹⁾, und die Arbeitskraft nicht einer Sache gleichgestellt werden kann ²⁾. Potthoff stützt sich überdies noch auf zusätzliche, arbeitsrechtliche Gesichtspunkte, ohne die Stellung des § 616 BGB systematisch hinreichend zu klären und kommt deshalb zu dem Schluß: "der § 616 geht .. von falscher Voraussetzung aus" ³⁾. Daß § 616 BGB bestätigt, "was auch ohne ihn Rechtsens sein müßte", ist nach dieser Ansicht ein reiner Glückszufall für die Schöpfer des BGB.

II) Einen materiellen Grund für die Risikoverteilung in § 616 BGB ergibt das Wesen des Arbeitsvertrages, insbesondere die Natur der Arbeitsleistung.

1) Wenn dem Gefahrtragungsprinzip Potthoffs auch zu Recht vorgeworfen wird, daß dabei die menschliche Arbeitskraft einer Sache gleichgestellt wird, so enthält diese Gleichstellung doch auch etwas Wahres. So ist zum Beispiel nach Degener ⁴⁾ bei ökonomischer Betrachtung

" die Ware Arbeitskraft .. gleichsam .. eine höchst wertvolle Maschine, die in ihren Betrieb fest eingebaut ist, und die daher bei ihrem Unbrauchbarwerden nicht einfach fortgeworfen werden kann..".

Mag der Vergleich mißlich sein, so ist doch eines zu bemerken: Bei Tieren und Maschinen hat sich der Mensch durchaus damit abgefunden, daß Leistungsunterbrechungen vorkommen, daß aber trotzdem das Tier gefüttert und die Maschine gepflegt werden muß. Soll man seinen Mitarbeiter wirklich schlechter behandeln?

1) dominus lat. = der Herr, der Gebieter, der Eigentümer

2) vgl. Fluhr a.a.O. S. 18

3) Arbeitsrecht 22/281, JW 22/553

4) Das Recht auf Existenz und die deutsche Sozialversicherung S. 47,50

2) Der Grundgedanke Potthoffs, der Arbeitgeber müsse von vornherein mit geringfügigen Unterbrechungen der Arbeitsleistung rechnen, ist mehr als berechtigt.

Es liegt in der Tat eine "Schwäche" der menschlichen Arbeitskraft vor. Schon bei normaler Arbeitsleistung schwankt die Arbeitsintensität im Laufe des Tages. Der Mensch kann nicht kontinuierlich in einem Zuge arbeiten. Es kommen auch immer wieder Unterbrechungen vor, die aus der Natur des Menschen notwendig folgen. Vor allem ist der Mensch Krankheiten unterworfen, aber auch sonstige Ausfälle und Schwächen der Arbeitskraft aus persönlichen Gründen sind nicht zu vermeiden.

Dabei spielt das jeweilige Menschenbild selbstverständlich eine erhebliche Rolle. Sieht man den Menschen als Einheit von Leib und Seele, sieht man in ihm eine Person mit einer vorgegebenen Würde, dann wird man nicht nur rein körperliche Schwächen, sondern auch geistige Bedürfnisse und kulturelle Beziehungen als aus der Natur des Menschen notwendig folgend anerkennen. Auch die Arbeitsleistung darf nicht versachlicht werden. Wie die Arbeitskraft nichts anderes als eine Fähigkeit, eine Potenz des Menschen selbst ist, so drückt sich in der Arbeitsleistung auch immer der Mensch selbst aus. Auch die Arbeitsleistung ist Ausfluß seiner Persönlichkeit. Der Arbeitende leistet nicht, oder mindestens nicht allein sachliche Dienste, sondern immer auch sich selbst.

Da der Mensch aber selbst Schwächen und anderen Notwendigkeiten unterworfen ist, sind auch Arbeitskraft und Arbeitsleistung Schwächen und Unterbrechungen unterworfen. Die Art der Leistung ist demgemäß gestaltet. Sie erfolgt naturgemäß nicht kontinuierlich, sondern nach Maßgabe der Verhinderungen aus persönlichen Gründen.

Der Arbeitgeber kennt diesen Sachverhalt bei Vertragsabschluß. Dennoch hat der Vertrag für ihn einen Wert. Dennoch verpflichtet er sich den Arbeitnehmer; denn er zahlt den Lohn um der Arbeitsleistung im ganzen willen und als ihr Entgelt. Er sieht die Arbeitsleistung im ganzen,

in ihrer natürlichen Beschaffenheit, mit den notwendig aus ihr folgenden oder mit ihr verbundenen Unterbrechungen. Diese Schwäche ist das Risiko des Arbeitgebers, weil er nur eine so beschaffene Arbeitsleistung erhalten kann, weil er sich einen Menschen verpflichtet hat, der nur menschliche Arbeit mit ihren naturgegebenen Besonderheiten leisten kann.

Umgekehrt ist die Schwäche der Arbeitskraft nicht das Risiko des Arbeitnehmers, denn dieser kann seine Dienste ja nur unter der Voraussetzung anbieten, daß sie den aus der "Natur der Sache" folgenden Verhinderungen und Schwächen unterworfen ist.

3) Nun muß an sich jeder für seine eigenen Schwächen selbst eintreten; der Mensch muß zunächst selbst das Risiko seiner Fehler und Unglücksfälle tragen. Dies darf auch durch die Zeittendenz, alle Risiken möglichst von sich selbst fernzuhalten und sie auf andere Träger abzuschieben, nicht verschleiert werden. Zur Würde der Person und ihrer Freiheit gehört unabdingbar auch ihre Selbstverantwortung. Alle Verantwortung von sich weisen heißt, sich selbst erniedrigen.

Man würde also auch dem Arbeitnehmer keinen guten Dienst erweisen, wenn man alle Risiken der Persönlichkeit dem Arbeitgeber aufbürden wollte. Hiervon ist in diesem Zusammenhang aber auch keine Rede. Vielmehr gilt die beschriebene Risikoverteilung nur für Verhinderungen, die im Verhältnis zur Gesamtleistung des Arbeitnehmers verhältnismäßig unerheblich sind. Die Gesamtleistung muß für den Arbeitgeber im ganzen einen Wert haben, der den Abschluß des Arbeitsvertrages wirtschaftlich rechtfertigt. Auch die Leistung des Arbeitgebers ist an ihre besonderen Voraussetzungen gebunden, an den wirtschaftlichen Sinn des Vertragsverhältnisses.

Die hier vertretene Risikoverteilung ist begründet, weil gewisse Schwächen so sehr zum Wesen der menschlichen Arbeit und damit zum Gegenstand des Vertrages gehören,

daß der Arbeitgeber diesen Gegenstand in seiner natürlichen Beschaffenheit, "wie er steht und liegt" akzeptieren muß. Mit diesem Gedanken konkurrieren allerdings die Selbstverantwortung des Arbeitnehmers und der wirtschaftliche Sinn des Vertrages. Dem letzteren wird aber Rechnung getragen durch die Beschränkung auf verhältnismäßig nicht erhebliche Verhinderungen, dem ersteren durch den Gesichtspunkt der Gesamtleistung. Hat nämlich die Leistung des Arbeitnehmers im ganzen für den Arbeitgeber auch bei geringeren Unterbrechungen einen Wert, dann hat der Arbeitnehmer sich die aufrechterhaltene Gegenleistung bis zu einem gewissen Grade selbst verdient. Er selbst hat ja die Grundlage für eine Lohnfortzahlung mitgeschaffen. Er ist darum nicht auf soziale oder fürsorgenerische Leistungen des Arbeitgebers angewiesen, denen ja allzu oft ein caritatives oder gönnerhaftes Moment anhaftet, sondern er hat einfach Anspruch auf die volle Gegenleistung.

4) Diese aus der Natur der menschlichen Arbeitsleistung folgende Risikoverteilung sagt nun für sich allein noch nichts über die rechtliche Ordnung des Vertrages aus ¹⁾.

Aber die beiden Leistungen werden im Arbeitsvertrag grundsätzlich unter diesen aus der Natur des Gegenstandes folgenden Voraussetzungen versprochen. Die Natur der Arbeitsleistung setzt sich auf dem Wege über das von der Rechtsordnung anerkannte Leistungsversprechen durch. Dieses ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfüllen. Hier konkurrieren im Arbeitsvertrag, wie bereits erwähnt, der wirtschaftliche Sinn des Vertrages in der Form des Äquivalenzprinzips mit den wesensgemäßen Folgerungen aus der Natur "der Sache". Für die Vergütungspflicht des Arbeitgebers ergibt sich aus dem Äquivalenzprinzip die Rechtsfolge des § 323 BGB für erhebliche Leistungsunterbrechungen. Aus dem Wesen der Arbeitsleistung des Menschen ergibt sich für weniger erhebliche Verhinderungen, wie sie immer vorkommen, die natürliche Folge des § 616 BGB.

1) vgl. Gumpert BB 55/482

5) Man könnte einwenden, § 616 BGB dürfe nicht nachgiebigen Rechts sein, wenn er die gewissenmaßen notwendige Folge aus dem Wesen der menschlichen Arbeit darstelle.

Der Einwand ist berechtigt, weil der wesensgemäßen Rechtsfolge in aller Regel auch Geltung verschafft werden muß. Eine Abrede, die § 616 BGB ausschließt, verstößt immer gegen die an sich natürliche Rechtsfolge, das nach Treu und Glauben zu bewirkende Leistungsversprechen. Die Rechtsprechung stellt demgemäß an die Voraussetzungen einer stillschweigenden Ausschlußabrede strenge Anforderungen ¹⁾.

Dennoch bleibt § 616 BGB grundsätzlich abdingbar, was sich aus §§ 619, 616 Abs. 2 BGB mit aller Deutlichkeit ergibt. Es handelt sich dabei auch nicht um eine willkürliche Anordnung des Gesetzgebers. Denn der unabdingbare Grundsatz von Treu und Glauben ist hier nicht selbst Rechtsquelle, sondern wirkt nur mittelbar auf die gegenseitig versprochenen Leistungspflichten ein. Ferner hatte das Gesetz nicht nur das Wesen der menschlichen Arbeitsleistung, sondern auch zugunsten des Arbeitgebers die wirtschaftlichen Voraussetzungen der Vergütungspflicht, das Äquivalenzprinzip. Hier bietet allerdings der Begriff der verhältnismäßig nicht erheblichen Unterbrechung bereits genügend Anpassungsmöglichkeiten. Vor allem aber spielt hier der allgemein anerkannte Grundsatz der Vertragsfreiheit entscheidend hinein. Eine Rechtsordnung, die grundsätzlich Vertragsfreiheit gewährt, muß es von da aus gesehen ermöglichen, daß die Parteien im Einzelfall wesenswidrige Vereinbarungen treffen. Ob das Prinzip der Vertragsfreiheit oder das der wesensgemäßen Regelung überwiegen soll, muß der Gesetzgeber entscheiden! Er hat im BGB jedenfalls nur für den Normalfall eine wesensgemäße Wertung der menschlichen Arbeitsleistung durchsetzen wollen ²⁾.

1) vgl. BAG AP Nr. 5 § 616 BGB; das BAG verläßt dort m.E. den Boden der BGB-Dogmatik, weil es nur zu prüfen hatte, ob die Parteien einen rechtsgeschäftlichen Willen ausreichend zum Ausdruck gebracht hatten und nicht, ob der Heuerling für den Fall der Verhinderung genügend gesichert war.

2) Der Schutz der Arbeitnehmer ist heute weitgehend durch die Autonomie der Tarifvertragsparteien gewährleistet.

III) Andererseits ergibt aber auch die Natur der Gegenleistung im Arbeitsvertragsverhältnis, die Natur der Vergütung Ansatzpunkte für eine Lohnfortzahlung.

1) Der Lohn ist zwar in erster Linie rein vermögensrechtliche Gegenleistung für die Arbeitsleistung. Zumindest in seiner Wirkung bildet er aber in aller Regel auch die Grundlage für den Lebensunterhalt der Lohnempfänger. Wegen dieser Unterhaltswirkung wird in das rechtliche Wesen des Lohnes vielfach ein Unterhaltselement hineingelegt ¹⁾. Es ist aber fraglich, ob dieses Element wirklich rechtserheblich sein kann, das heißt, ob die Rechtsordnung aus der bloßen Unterhaltswirkung rechtliche Folgerungen ziehen kann.

a) Daß der Lohn für den Unterhalt des Arbeitnehmers ausreichen müsse, ist eine ethisch begründete Forderung ²⁾. Sie folgt aus der nicht nur individuellen, sondern darüberhinaus auch sozialen Natur der Arbeit. Die Arbeitskraft ist nicht nur persönliches Gut, sondern sie ist auch notwendig für die menschliche Gesellschaft. Rechtspolitisch gesehen muß daher die Entwicklung des Lohnes von der reinen Vermögensleistung zum Unterhalt gefördert werden, wobei allerdings der wirtschaftliche Sinn des Arbeitsvertragsverhältnisses ebenso im Auge behalten werden muß.

b) Ob ein Unterhaltselement aber im geltenden Recht bereits Bedeutung erlangt hat, erscheint sehr zweifelhaft. Soll eine Unterhaltswirkung garantiert werden, dann müßte sich dies als eine staatliche Mindestlohnregulierung darstellen. Die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen ist nach § 5 TVG nun zwar möglich, sie ist aber dennoch trotz Art. 20, 28 GG grundsätzlich dem freien Spiel der Kräfte überlassen.

In § 616 BGB sehen manche den Ausdruck einer staatlichen Lohnregulierung und führen die Vorschrift auf ein Unterhaltselement des Lohnes zurück ³⁾. Aber nicht § 616 BGB

1) Molitor AcP 151/407; Nipperdey ZAKDR 38/263; Maus, Arbeitsrecht 2. Aufl. S. 62 IV; Nikisch, HDWB "Arbeitsrecht" S. 353; Herbst RDA 52/300; Spoth SV 51/212; Siebert, Festschrift f. Lehmann S. 683; RGZ 148/91; BGH NJW 57/1761

2) vgl. Schilling, Die sozialen Enzykliken Leos XIII und Pius XI S. 66, 71 und 34; Nell-Breuning a.a.O. S. 243

3) Nikisch HDWB "Arbeitsrecht" S. 353; Herbst a.a.O.; Maus a. a.O.: Stecher. RDA 61/264 Ann. 66

kann ein Unterhaltselement beweisen, sondern das bereits bewiesene Unterhaltselement allein kann zur Rechtsfolge des § 616 BGB führen. Trotz eines Hinweises in den Motiven zum BGB ¹⁾ kann das Gesetz allein nicht zum Beweis dienen. Auch die bloße Tatsache der Unterhaltswirkung läßt nicht zwingend auf ein Unterhaltselement des Lohnes schließen. Hierfür wäre eine besondere Gestaltung des gesamten Vertrages, zumindest aber der Arbeit-Entgeltbeziehung erforderlich.

2) Ein echtes Unterhaltselement kann der Lohn nur dann gewinnen, wenn er nicht nur Gegenleistung für die Arbeitsleistung ist, sondern für eine umfassendere Leistung des Arbeitnehmers: das "im Dienst stehen". Nur dann wird der dogmatische Anschluß an die Unterhaltsbezüge der Beamten erreicht.

a) Nach Molitor ²⁾ ist der Lohn Unterhaltsleistung "als Ersatz dafür, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft in den Dienst des Arbeitgebers stellt und infolgedessen auch von ihm unterhalten werden muß". Hinter diesem Gedanken steht aber eine grundsätzliche Veränderung des Entgeltbegriffs und des Gegenseitigkeitsverhältnisses von Arbeit und Lohn. Ist die Leistung des Arbeitnehmers nicht mehr die Arbeitsleistung, sondern das "im Dienst stehen", so geht dies weit über das herkömmlich definierte Arbeitsvertragsverhältnis hinaus. Hierfür bedarf es einer besonderen Begründung.

b) Siebert ³⁾ hat darum, einer Anregung Böttichers ⁴⁾ folgend, in diesem Zusammenhang den status-Begriff eingeführt. Bereits Otto v. Gierke ⁵⁾ hatte davon gesprochen, daß die personenrechtliche Gemeinschaft nicht nur äußere Beziehungen schaffe, sondern die "Rechtssubjektivität in einen besonderen Zustand" versetze. Unter dem status ist nun die gesamte Rechtsstellung der beteiligten Subjekte zu verstehen, in die sie durch den Vertragsschluß eintreten.) Diese Rechtsstellung ist der einheitliche Boden,

1) Motive zum BGB II S. 463

2) AcP 151/407

3) Festschrift f. Lehmann S. 683, 684; RDA 58/366, 367, vgl. noch RDA 56/323 und Faktische Vertragsverhältnisse S. 83 als "objektives Rechtsverhältnis"

4) RDA 53/163

5) Deutsches Privatrecht I S. 660

für alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. Auch die synallagmatische Beziehung von Arbeit und Lohn ist auf diesem Hintergrund zu sehen und wird von hier aus erweitert und vertieft. Wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer dafür bezahlt, daß dieser mit ihm ein status-Verhältnis eingeht, dann folgt daraus bereits die Lohnfortzahlungspflicht für bestimmte Unterbrechungen der Arbeitsleistung. § 616 BGB ist dann die positiv-rechtliche Folgerung aus dem status-Verhältnis; er enthält keinen eigenständigen status-Anspruch, vielmehr einen echten Entgeltanspruch im Sinne eines erweiterten Entgelt- und synallagma-Begriffes.

Der status-Gedanke ist heute allerdings noch nicht allgemein anerkannt ¹⁾.

c) Siebert hat ihn jedoch aus dem personenrechtlichen Element des Arbeitsverhältnisses entwickelt. Ein personenrechtliches Element ist weithin anerkannt ²⁾. Es hat Widerspruch gefunden, insbesondere soweit es in der Form der "personenrechtlichen Gemeinschaft" vorgetragen wird ³⁾. Jedenfalls aber wird man nicht um die Tatsache herumkommen, daß der Arbeitende in der Arbeitsleistung seine Persönlichkeit entfaltet und somit bis zu einem gewissen Grade sich selbst leistet. Der Arbeitnehmer ist daher sowohl Vertragsschließender, als auch Vertragsgegenstand, er ist Objekt und Subjekt des Vertrages zugleich ⁴⁾.

Hier findet der Gedanke vom "im Dienst stehen" eine legitime Wurzel, weil das Entgelt sowohl dem Arbeitnehmer, als auch seinetwegen geleistet wird, also mit ihm selbst

1) Siebert RDA 56/323; Böttcher RDA 53/163

2) Siebert HDWB "Arbeitsvertrag" S. 378, Festschrift f. Lehmann S. 683, RDA 58/366; Hueck-Nipperdey a.a.O. S. 116; Nikisch a.a.O. Arbeitsrecht 2. Aufl. I S. 31, 148; Staudinger-Mohnen, Vorbem. 3, 10, 11, 34 § 611 BGB; Denecke BGB RGRK 11. Aufl. Vorbem. I § 611 BGB; Müller BB 55/577; Herschel RDA 56/161; Enneccerus-Lehmann a.a.O. S. 592, 593; Jacobi a.a.O. S. 54; Larenz a.a.O. II § 48; Waldmann AuR 55/83; Frey AuR 53/170; BVerfG MDR 58/656; BGHZ 10/190, BGH NJW 56/1473; BAG NJW 56/77; RAG ARS 33/172, 176; RGZ 148/91; Stecher RDA 61/261 ff

3) vgl. II C III 4 a Anm. 2 dieser Arbeit

4) vgl. Farthmann RDA 60/7; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse S. 83, allerdings leugnet, daß das Arbeitsverhältnis überhaupt ein Objekt hat.

in unmittelbarer Beziehung steht. Der Lohn ist somit mindestens personbezogene Leistung. Hier findet sich ein Ansatzpunkt für ein Unterhaltselement und auch für eine Lohnfortzahlungspflicht.

3) Es besteht jedoch keine Notwendigkeit, den status-Begriff zur Dogmatik des § 616 BGB heranzuziehen. Auch der herkömmliche Begriff des Arbeitsvertrages mit seinem Gegenseitigkeitsverhältnis von Lohn und Arbeit ermöglicht eine Lohnfortzahlung: formell über den Grundsatz der §§ 157, 242 BGB in der Form der Fürsorgepflicht, materiell durch die Anpassung an die Natur der menschlichen Arbeitsleistung und die Natur des Entgelts als personbezogene Gegenleistung. Im Rahmen des § 616 BGB ist es daher wohl richtiger, den status-Begriff nur zur Erklärung und Verstärkung der bereits aus der BGB - Systematik gewonnenen Ergebnisse mit heranzuziehen.

Immerhin aber hatte bereits das ROHG in einer Entscheidung vom 30.11.1875 ¹⁾ in unserem Zusammenhang den Begriff des Dienstberufs gebraucht und ausgeführt, daß

" als Leistung und Gegenleistung sich die Übernahme des die volle Tätigkeit des Vorstandes beanspruchenden Dienstberufs einerseits und der Genuß des, ihm auf die vertragsmäßige Dienstzeit zugesicherten Einkommens andererseits im ganzen gegenüberstehen".

Die Entscheidung betrifft zwar nur den Anspruch eines Direktors einer Aktiengesellschaft auf Gehaltsfortzahlung. Der Gedanke soll ausdrücklich für "gedungene Handarbeiter und Tagelöhner" nicht gelten. Aber zwischen dieser Einstellung und heute liegt eine Rechtsentwicklung von 85 Jahren.

1) ROHGE 19/61

E) Lohnfortzahlung und Sozialversicherung.

Unter den verschiedenen Versuchen, die Lohnfortzahlung nach § 616 BGB aus dem vom Gesetz selbst vorgezeichneten Zusammenhang zu lösen, gehen diejenigen von Lotmar ¹⁾ und Sieg ²⁾ am weitesten. Beide setzen an die Stelle des Entgeltanspruchs einen völlig andersartigen Anspruch, Lotmar einen Anspruch auf Entschädigung für Lohnausfall, Sieg einen Anspruch auf Versorgung bei Lohnausfall.

I) Nach Lotmar ¹⁾ ist die Leistung des Arbeitgebers im Falle des § 616 BGB Schadensersatz für entgangenen Lohn. Dabei soll sich die Ersatznatur lediglich daran zeigen, daß der Anspruch nach § 616 Abs. 1 Satz 2 BGB durch andere Ersatzleistungen reduzierbar sei.

1) Tatsächlich muß der Arbeitnehmer sich auf den Lohnfortzahlungsanspruch andere Versorgungsleistungen anrechnen lassen, die er aus Anlaß der gleichen Leistungsverhinderung erhält. Aber gerade an dieser Stelle zeigt sich, wie gekünstelt alle Versuche sind, die von der gesetzlichen Konstruktion eines echten Lohnanspruches abweichen. Die Anrechnungsmöglichkeit setzt nicht auch eine rechtliche Gleichartigkeit der betroffenen Ansprüche voraus. Sie will lediglich eine ungerechtfertigte wirtschaftliche Besserstellung durch Anspruchshäufung verhindern. Hierzu genügt eine bloß rechnerische Vergleichsmöglichkeit.

Mit dem Begriff des Ersatzanspruchs hat Lotmar im Grunde ein Problem des § 615 BGB, also der Vergütungspflicht bei Annahmeverzug des Arbeitgebers auf § 616 BGB übertragen. Dort liegt wegen § 642 Abs. 1 BGB die Frage nahe, ob in der Vergütungspflicht des § 615 BGB eigentlich eine Entschädigungspflicht zu sehen ist ³⁾.

Lotmar gibt schließlich auch zu, der Anspruch aus § 616 BGB sei rechtlich so weit wie möglich als Entgelt zu behandeln.

1) a.a.O. I S. 148, 149, II S. 207 Anm. 2

2) JZ 54/337

3) vgl. hierzu Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 298 Anm. 3; Nikisch a.a.O. 2. Aufl. I S. 248 bes. Anm. 2 b

2) Der Entschädigungsgedanke ist seither jedoch keineswegs ausgestorben. Er findet sich heute noch wieder in einer heillosen Begriffsverwirrung bei der Behandlung der Ansprüche gemäß §§ 37 Abs. 2 und 43 Abs. 1 Satz 2 BetrVerfG.

Nach diesen Vorschriften soll den Arbeitnehmern bei der Teilnahme an Betriebsratssitzungen und Betriebsversammlungen der Lohnanspruch erhalten bleiben. Nach § 37 Abs. 2 berechtigt "Versäumnis von Arbeitszeit ... den Arbeitgeber nicht zur Minderung des Arbeitsentgelts". In § 47 heißt es noch klarer "Durch die Teilnahme an der Betriebsversammlung entsteht den Arbeitnehmern kein Ausfall an Arbeitsentgelt". Dem eindeutigen Wortlaut zufolge soll also ein Lohnverlust wie im Falle des § 616 BGB auch hier von vornherein nicht entstehen.

Trotzdem finden sich bei Hueck-Nipperdey ¹⁾ Ausdrücke wie "Der Lohnausfall ist zu ersetzen, ..Lohnausfall zu.. vergüten" und Lohnausfallvergütung, bei Erdmann ²⁾ "Lohn .. zu erstatten", bei Vogt ³⁾ "Bezahlung von Arbeitsversäumnis" und bei Galperin ⁴⁾ "Entschädigung für Verdienstausschlag, Abgeltung des Verdienstausschlages, Vergütung der Arbeitszeitversäumnis, Erstattung des Lohnausfalls".

Demgegenüber sprechen das RAG für das frühere Betriebsrätegesetz und heute das BAG korrekt von einem Verbot der Lohnminderung, und auch der überwiegende Teil der Lehre erkennt an, daß das Gesetz eine Lohnkürzung gerade verhindern und somit einen Anspruch auf die Gegenleistung geben will ⁵⁾. Die gesetzliche Konstruktion ist hier die gleiche wie in § 616 BGB.

1) a.a.O. 6. Aufl. II S. 726 Ziff. 2 und Anm. 6 S. 752 Anm. 7, S. 803 Ziff. 3 und Stichwortverzeichnis S. 1040; vgl. Höhnle BB 57/1146

2) Das Betriebsverfassungsgesetz Anm. 6 § 43, 3 § 37

3) Betr. 52/378; vgl. auch Kehr BABI 52/685

4) Galperin-Siebert, BetrVerfG 3. Aufl. S. 249 Anm. 8, 14 § 37 Anm. 9 § 43

5) RAG ARS 2/211, 14/50; BAG AP Nr. 1 § 37 BetrVerfG; LAG Hamm BB 51/954; Nikisch a.a.O. 1. Aufl. S. 384, 385; Meisinger BetrVerfG § 37 Anm. 10, § 43 Anm. 4; Dietz, BetrVerfG 2. Aufl. § 37 Anm. 17, § 43 Anm. 7; Kaskel-Dersch a.a.O. 5. Aufl. S. 296; Schelp MDR 58/17; Zigan Anm. LAG Düsseldorf BB 52/702, AP 50/Nr. 72; vgl. aber zum Feiertagslohngesetz Frey a.a.O. S. 14

3) Wenn Lotmar, und auch das LG Hamburg ¹⁾, von Ersatzleistungen im Rahmen des § 616 BGB sprechen, dann wird damit der Rahmen des BGB gesprengt. Lotmar will den Anspruch aus § 616 BGB auch ausdrücklich in eine Reihe mit den Ansprüchen aus der Sozialversicherung stellen.

Dort würde die Bezeichnung "Ersatz-" oder "Entschädigungsanspruch" allerdings in gewissem Sinne eine tiefergehende Berechtigung finden. In der Krankenversicherung zumal sind zwei Risiken versichert, einmal die Krankheit selbst und zum anderen die durch die Krankheit eintretende Erwerbsminderung ²⁾.

Die Leistungen der Krankenversicherung für das zweite Risiko laufen auf den "Ausgleich einer erlittenen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Daseinsmöglichkeit" hinaus und zwar "analog dem Schadensersatz des Privatrechts" ³⁾.

Der Schadensausgleich erfolgt nun allerdings im Privatrecht aus dem Gesichtspunkt der Wiedergutmachung, während er in der Sozialversicherung lediglich im Zusammenhang mit der Daseinssicherung zu sehen ist. Der eigentliche Zusammenhang zwischen Schadensersatz und Sozialversicherung besteht daher nur rein äußerlich in der Ausgleichswirkung der Leistungen. Eine inhaltliche Beziehung besteht nicht, und auch dies ist dem Schadensersatzgedanken von Lotmar entgegenzuhalten.

Wohl aber ist, was Lotmar vorgeschwebt haben mag, eine solche Beziehung im Verhältnis zwischen Lohnansprüchen nach § 616 BGB und Ansprüchen aus der Sozialversicherung zu erwägen, weil bei beiden der Zweck der Daseinssicherung die Grundlage des Anspruchs bilden könnte ⁴⁾.

1) DR 43/447

2) vgl. Heyde, Abriß der Sozialpolitik S. 201

3) Kaskel-Sitzler, Grundriß des sozialen Versicherungsrechts S. 46, 47.

4) vgl. BAG AP Nr. 5 § 616 BGB

II) Von diesem Grundgedanken ausgehend ist der Lohnfortzahlungsanspruch des § 616 BGB neuerdings als Versorgungsanspruch bezeichnet worden. Damit ist nicht nur eine Benennung gemeint, sondern der rechtliche Charakter des Anspruchs, der etwas anderes als die Gegenleistung des Arbeitgebers sein soll.

1) Hervorzuheben ist vor allem der grundlegende Aufsatze von Sieg¹⁾.

Er ist der Auffassung, § 616 BGB gewähre nur scheinbar einen Lohnanspruch. In Wirklichkeit handle es sich nach dem Zweck des Gesetzes "...um einen Ausfluß der Versorgung des Arbeitnehmers. Das Gesetz will sicherstellen, daß der Arbeitnehmer bei Krankheit nicht in Not gerät. Zur Erfüllung dieser Last kommen zwei Träger in Betracht, die Krankenkasse und der Arbeitgeber. Zwischen Kasse und Arbeitgeber wird die Versorgungslast verteilt: Bei Krankheit bis zu sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit ist Versorgungsträger der Arbeitgeber, bei längerer Krankheit die Kasse". Daraus folgert Sieg schließlich:

"In Wirklichkeit aber behält der Arbeitnehmer nicht seine Lohnforderung, sondern gewinnt statt ihrer einen Anspruch mit Versorgungscharakter. Die Zuwendung des Arbeitgebers steht in einer Reihe mit den Leistungen der Sozialversicherungsträger, der Fürsorgeträger, ... des Staates für seine versorgungsbedürftigen Beamten und des Individualversicherers im Falle des § 158 c VVG".

2) Neben dem Zweck der Leistung hat sich Sieg zur Stützung seiner Ansicht noch auf die Entstehungsgeschichte des § 616 Abs. 2 BGB berufen. Diese soll ergeben, daß der Gesetzgeber die Versorgungslast ausdrücklich von den Kassen auf die Arbeitgeber abgewälzt hat, um die Kassen zu entlasten²⁾. Das BAG ist insoweit gefolgt³⁾; die "Regelungen insgesamt geben der Verpflichtung des

1) JZ 54/337; Übersicht über die Rechtsprechung bei Siebert, Festschrift f. Lehmann S. 680 Anm. 33; vgl. OLG Bremen NJW 55 S. 264, Bach VersR 51/189, 190; Lepenies VersR 51/7; ferner Stecher RDA 61/264

2) NotVO des Reichspräsidenten v. 26.7.1930 (RGBl I/311), v. 1.12.1930 (RGBl I/517) und 5.6.1931 (RGBl I/279) mit wesentlichen Änderungen der RVO, Einfügung des § 616 Abs. 2 BGB

3) NJW 55/77

Arbeitgebers auf Weiterzahlung der Arbeitsvergütung, den Charakter einer Versorgungsleistung". Der BGH ¹⁾ spricht in diesem Zusammenhang ebenfalls von Versorgungsleistungen, möchte aber durch diese Benennung mehr den "sozialpolitisch zu verstehenden Fürsorgecharakter" des Lohnfortzahlungsanspruchs kennzeichnen. Der BGH neigt im ganzen gesehen eher zum Fürsorgegedanken, als zum Versorgungsgedanken.

3) * Der Versorgungsgedanke findet im Gesetz auch keine hinreichende Stütze, weder im Sinne Sieg's noch des BAG.

Schon die bürgerlich-rechtliche Voraussetzung, daß nämlich § 616 BGB einen Anspruch an die Stelle des an sich weggefallenen Lohnanspruchs setze, ist nicht nachzuweisen. Aber auch abgesehen hiervon und von der an sich schiefen Bezeichnung ²⁾, erweist ein Blick auf das Gesetz, dessen Entstehungsgeschichte und Sinn gerade das Gegenteil der Behauptungen der Versorgungstheorie. Die Lohnfortzahlungspflicht ist unabhängig von der gesetzlichen Leistungspflicht der Krankenkassen ³⁾. Sie ist ein aliud, dessen Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Sozialversicherung voraussetzt, nach dem sie sich richtet und nicht umgekehrt.

III) In diesem Zusammenhang ist zunächst das Zusammenspiel der gesetzlichen Bestimmungen der Sozialversicherung, insbesondere des § 189 RVO, mit der Lohnfortzahlung nach § 616 BGB zu untersuchen.

1) Bei der Verzahnung dieser Vorschriften ist auszugehen von § 616 BGB. Hier muß von vornherein festgehalten werden, daß der vielzitierte § 616 Abs. 2 lediglich für Angestellte gilt und seine Entstehungsgeschichte daher auch nur für diesen Komplex Bedeutung haben kann.

1) NJW 56/1473

2) sie ist als terminus technicus der Versorgung der Kriegsoffer o.ä. Gruppen vorbehalten, vgl. Art. 74 Ziff. 7, 10, 12 GG!

3) vgl. RVA Knoll-Peters Nr. 2497 II; Brucker, Die Sozialversicherung IV S. 84

Ferner kommt ein Zusammenhang der Lohnfortzahlung nach § 616 BGB überhaupt nur für den Fall der Krankheit oder eines Berufsunfalls in Betracht. Für alle anderen Fälle des § 616 BGB besteht kein irgendwie gearteter Zusammenhang mit der Sozialversicherung. Die Vorschrift bezieht sich auf Leistungsverhinderungen, die in der Person des Arbeitnehmers ihren Grund haben. Hierhin gehören zum Beispiel auch die Erkrankung eines Angehörigen, der Tod eines nahen Verwandten und ähnliche Verhinderungen. Die Versorgungstheorie muß sich also entgegenhalten lassen, daß das Gesetz zur Bewältigung einer ganzen Reihe von Fällen einen einzigen systematisch-konstruktiven Weg gewählt hat, und daß deshalb ein Einwirken der Sozialversicherung nicht nahe liegt. Eine solche Einwirkung müßte allenfalls auf den engen Rahmen der Ansprüche bei eigener Krankheit oder Berufsunfall beschränkt bleiben.

Aber auch mit dieser Einschränkung kann der Versorgungstheorie nach der deutlichen Auffassung gerade der RVO nicht gefolgt werden.

2) § 616 Abs. 1 BGB erhält dem Verhinderten den Lohnanspruch. Hätte der Arbeitnehmer für den Fall der Krankheit oder eines Berufsunfalls außerdem noch Anspruch auf Leistungen aus der Sozialversicherung, so würde er sowohl Lohn, als auch Krankengeld beziehen, sich also wirtschaftlich besser stehen, als wenn er gearbeitet hätte. Diesen nicht gerechtfertigten Doppelbezug will § 616 Abs. 1 Satz 2 BGB vermeiden. Wer Lohnfortzahlung genießt, muß sich auf diesen Anspruch seine Bezüge aus der Sozialversicherung anrechnen lassen. Das aber heißt doch, daß Lohnanspruch und Versicherungsanspruch an sich nebeneinander bestehen. Grundsätzlich gemindert wird der Anspruch auf Lohnfortzahlung. Das Gesetz hätte aber auch den anderen Weg gehen können, nämlich den Lohnanspruch bestehen lassen und die Versicherungsansprüche mindern können.

3) Gerade das erreicht heute § 189 Abs. 1 RVO, der den ungerechtfertigten Doppelbezug ebenfalls verhindern will¹⁾. Die Vorschrift lautet:

" Der Anspruch auf Kranken-oder Hausgeld ruht, wenn und soweit der Versicherte während der Krankheit Arbeitsentgelt erhält".

Die Rechtslage wird also gegenüber § 616 Abs. 1 Satz 2 BGB verschoben. Wird Lohn gezahlt, so kommen insoweit überhaupt keine Versicherungsansprüche in Betracht. Was unter Arbeitsentgelt zu verstehen ist, bestimmt § 160 Abs. 1 Satz 1 RVO:

"Zum Entgelt im Sinne dieses Gesetzes gehören neben Gehalt oder Lohn auch.. andere Bezüge,.....".

Das Gesetz knüpft also an die Lohnzahlung ersichtlich an und setzt sie voraus. Wird Lohn im Falle der Krankheit gezahlt, was allein nach bürgerlichem Recht zu beurteilen ist, so ruhen heute die Ansprüche aus der Sozialversicherung.

4) Sie ruhen aber nur dann, wenn wirklich Lohn, also Entgelt im Sinne des § 160 RVO gezahlt wird. Im Falle des § 616 BGB würden die Ansprüche auf Krankengeld nicht ruhen, wenn dort nicht ein Anspruch auf Lohn, sondern auf Fürsorge oder Versorgung enthalten wäre. Kein Verfechter der Fürsorge-oder Versorgungstheorie würde dieses Ergebnis billigen; daß aber gerade der Versorgungsgedanke dazu zwingt, ergibt der Wortlaut des Gesetzes, der ausdrücklich an Arbeitsentgelt anknüpft.

a) Dem wird man nicht entgegenhalten können, das Gesetz meine gar nicht echte Gegenleistung, sondern nur eine Leistung des Arbeitgebers in der Form der Gegenleistung. Denn es wäre doch ein gar zu gesuchtes Versteckspiel, wenn das Gesetz in den §§ 189, 160 RVO einerseits und in § 616 BGB andererseits, sowie in den anderen einschlägigen Vorschriften immer gerade das nicht gemeint haben sollte, was es ausdrücklich gesagt hat.

1) vgl. Stier-Somlo, Kommentar zur RVO I S.LI; Brucker a.a.O. S. 84; RVA Knoll-Peters Nr. 4301

b) Darüberhinaus ist unter Entgelt im Sinne des § 160 RVO auch immer nur eine echte, synallagmatisch gebundene Leistung verstanden worden, also die Gegenleistung des Arbeitgebers ¹⁾ 2).

Das Gesetz weist ausdrücklich darauf hin, daß nur eine echte Gegenleistung in Betracht kommt. Nach § 189 Abs. 1 Satz 3 RVO gelten Zuschüsse des Arbeitgebers zum Krankengeld oder Hausgeld ohne Rücksicht auf ihre Höhe nicht als Arbeitsentgelt. Bei der Prüfung der Frage, ob Entgelt oder Zuschuß vorliegt, ist gerade nicht auf die Bezeichnung abzustellen ³⁾. Ergibt die Prüfung, daß es sich nicht um die Gegenleistung des Arbeitgebers handelt, sondern um einen Beitrag zum Krankengeld, das im übrigen die hauptsächliche, fürsorgereiche Leistung bleibt, so entfällt § 189 RVO ⁴⁾.

c) Die Leistung des Arbeitgebers ist selbst dann nicht Arbeitsentgelt, wenn sie unter der Voraussetzung des Weiterbezugs von Krankengeld erbracht wird ⁵⁾. Zahlt also der Arbeitgeber einen Betrag in voller Höhe des vereinbarten Lohns weiter, aber nicht um seine vertragliche Gegenleistung zu erbringen, sondern um seinen Arbeitnehmer für den Krankheitsfall günstiger zu stellen, so ruht der Anspruch auf Krankengeld nicht. Mag dies auch ein Grenzfall sein, so wird doch klar, daß die RVO an das echte Arbeitsentgelt anknüpft, so, wie es nach dem Arbeitsvertrage als Gegenleistung gefordert werden kann.

d) Auch Ansprüche aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gelten nicht als Entgelt im Sinne der RVO. So ist zum Beispiel der Anspruch aus § 617 BGB nicht Entgelt, weil er nicht Teil der Vergütung, sondern selbständiger Fürsorgepflichtanspruch ⁶⁾. Entgelt ist nur echter Lohn,

1) Stier-Somlo a.a.O. S. 235; Richter, Sozialversicherungsrecht S. 37, 153; Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung S. 434; Peters, Handbuch der Krankenversicherung S. 179; Manes-Richter, Versicherungslexikon Sp. 478; Dersch ZRR 35 S. 294, 295; Gunkel DAR 34/91; Odendahl BKK 53/Sp. 465; RVA EuM 33/176, 177

2) Entgelt im Sinne der Lohnsteuer ist zugleich Entgelt im Sinne der RVO, Erlaß d. RFM u. RAM v. 10.9.1944 RABLI I S. 281; vgl. Odendahl BKK 53/Sp. 465

3) Brackmann a.a.O. S. 463; Peters a.a.O. S. 181

4) RVA Knoll-Peters Nr. 4301; vgl. Fluhr a.a.O. S. 71 ff

5) RVA Knoll-Peters Nr. 4298; Peters a.a.O. S. 181

6) Peters a.a.O.; Gunkel a.a.O.; Dersch a.a.O.; Benner SV 56/7; RVA Anm. 1

nur die synallagmatisch gebundene Gegenleistung. Wäre der Anspruch aus § 616 BGB echter Fürsorgepflichtanspruch und nicht Vergütungsanspruch, so würde der Anspruch auf Krankengeld nach der RVO nicht ruhen. Kein Vertreter der Fürsorgetheorie kommt zu diesem Ergebnis, nach den §§ 189, 160 RVO ist es jedoch unausweichlich.

e) Der Versorgungstheorie schließlich ist entgegenzuhalten, daß auch Versorgungsansprüche zu diesem Ergebnis zwingen müssen. § 173 Abs. 1 RVO kennt ausgesprochene "Versorgungsbezüge". Auch diese Ansprüche rechnen nicht zum Entgelt, weil sie zwar im Zusammenhang mit geleisteten Diensten gegeben werden, nicht aber synallagmatisch gebundene Gegenleistung sind ¹⁾.

5) Das Sozialversicherungsrecht knüpft nach allem an die Lohnfortzahlungspflicht im Sinne echter Gegenleistung an. Auch sonst wird der Anspruch aus § 616 BGB völlig als Lohnanspruch behandelt.

Die Beitragspflicht zum Beispiel setzt eine Lohnzahlung voraus. Wird im Falle des § 616 BGB Lohn fortgezahlt, so muß auch die Beitragspflicht fortbestehen. Würde kein Lohn bezahlt, sondern eine fürsorgerische Leistung oder eine Versorgungsleistung, so ist für eine Beitragspflicht kein Raum. Deshalb bestimmt § 383 Abs. 1 RVO:

" Bei Arbeitsunfähigkeit sind für die Dauer der Krankenhilfe keine Beiträge zu entrichten. Dies gilt nicht, wenn und soweit der Versicherte während der Krankheit Arbeitsentgelt erhält (§ 189)."

Dabei bedeutet die Verweisung auf § 189 RVO, daß der Begriff des Arbeitsentgelts in beiden Fällen der gleiche ist ²⁾. Nach der Versorgungstheorie müßte die Leistung des Arbeitgebers nach § 616 BGB beitragsfrei sein, weil der Arbeitgeber die Versorgungslast der Kassen übernommen hat. Das Gegenteil ist aber nach der gesetzlichen

1) Dersch ZRR 35/295; RAG ARS 22/58; RVA Knoll-Peters Nr. 5464

2) Peters a.a.O. S. 774

Regelung der Fall. Von der nach § 616 BGB weitergezahlten Leistung sind Beiträge zu entrichten. Um Verschleierungen des synallagmatischen Charakters von Lohnfortzahlungen zu verhindern hat der Bundesarbeitsminister ferner entschieden, daß Zuschüsse zum Krankengeld nur dann beitragsfrei sind, wenn sie den Rechnungsbetrag des Krankengeldes nicht erreichen ¹⁾. Schließlich galten nach einem gemeinsamen Erlaß des Reichsfinanz- und des Reichsarbeitsministers auch die nach § 616 BGB in der Karenzzeit bis zum Eingreifen der Krankenversicherung gezahlten Beiträge als lohnsteuer- und beitragspflichtiges Arbeitsentgelt ²⁾.

Nach dem Zusammenhang mit den Bestimmungen der RVO muß daher die Lohnfortzahlung gemäß § 616 BGB als echte, synallagmatisch gebundene Leistung des Arbeitgebers aufgefaßt werden. Diese Leistung ist als Arbeitsentgelt beitragspflichtig, und es ist interessant, daß sogar die Beiträge wirtschaftlich noch als Lohnteile gelten ³⁾.

IV) Auf die Entstehungsgeschichte des § 616 Abs. 2 BGB kann sich die Versorgungstheorie nicht mit Erfolg berufen.

Nach der Auffassung Siegs soll durch § 616 Abs. 2 BGB die Versorgungslast auf die Arbeitgeber übergegangen sein, um die Kassen zu entlasten ⁴⁾. Auch die Rechtsprechung nimmt an, § 616 Abs. 2 BGB sei nach dieser sozialversicherungsfremden rechtlichen Zweckbestimmung auszulegen ⁵⁾, durch die sogar § 616 Abs. 1 BGB einen anderen Sinn erhalten habe ⁶⁾.

1) Bescheide v. 17.5.52 u. 12.11.51, BKK 52/591, 51/469

2) v. 10.9.44 a.a.O.; vgl. Nicolai SV 56/13; Benner SV 56/7 und Benner-Krumsiek BB 59/ Beilage Heft 27 m.w.Nachw.

3) Rosin, Recht d. Arbeiterversicherung S. 265; Bogs, Gegenwartsfragen sozialer Versicherung S. 154; Crone, das. S. 90; Rittig, das. S. 99; Diederichs, Diss. Göttingen S. 28; Manes-Stein a.a.O. Sp. 923; Richter a.a.O. S. 3; Degener a.a.O. S. 45; Weisser HDWB "Soziale Sicherheit" S. 409; Seidel, das. "Sozialpolitik I" S. 535; Schäffer, Entstehung .. der deutschen Sozialversicherung S. 35; Schmittmann, Die Sozialversicherung S. 25; Zwiedineck-Südenhorst, Arbeiterschutz .., S. 128; Int.Arbeitsamt, Die Krankenversicherung S. 148; Grieser-Sauerborn-Eckert, Erläuterungen S. 192

4) JZ 54/338

5) BGHZ 7/30, 47, NJW 56/1473

6) BAG NJW 56/77, vgl. aber BAG GS NJW 60/741; ferner OLG Karlsruhe AP Nr. 12 § 616 BGB

Demgegenüber erscheint eine Untersuchung der Reformen, ihrem äußeren Tatbestand und ihrer Bedeutung nach, angebracht.

2) Zunächst führte die VO des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26. Juli 1930 ¹⁾ einen neuen Abs. 1 in § 189 RVO ein und zwar:

" Der Anspruch auf Kranken- oder Hausgeld ruht, wenn und soweit der Versicherte während der Krankheit Arbeitsentgelt erhält. Für solche Versicherte hat die Satzung entweder die Beiträge entsprechend zu kürzen, oder das Krankengeld (§ 182 Abs. 1 Nr. 2) nach Wegfall des Arbeitsentgelts auf 60 vom Hundert des Grundlohnes zu erhöhen. Zuschüsse des Arbeitgebers zum Kranken- oder Hausgeld gelten auch dann nicht als Arbeitsentgelt, wenn sie auf einer Verpflichtung beruhen".

Sodann bestimmt die VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. Dezember 1930 ²⁾ unter der Überschrift "Krankenfürsorge":

" Die reichsgesetzlichen Vorschriften über die Krankenfürsorge werden dahin geändert:....
Dem § 616 BGB des Bürgerlichen Gesetzbuches wird folgende Vorschrift angefügt:
Die Vorschrift kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden". Und zu § 189 Abs. 1 Satz 2 RVO: " Für solche Versicherte hat die Satzung die Beiträge entsprechend zu kürzen; sie kann zugleich das Krankengeld...".

Schließlich berichtigte die 2. VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 5. Juni 1931 ³⁾ mit Wirkung vom 1. Dezember 1930 den § 616 Abs. 2 BGB in der heute noch gültigen Fassung. Danach kann also der Anspruch eines Angestellten nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Als verhältnismäßig nicht erheblich gilt eine Zeit von sechs Wochen. Für § 189 RVO blieb es dabei, daß die Satzung für solche Versicherte die Beiträge entsprechend kürzen mußte und nebenher auch noch eine Erhöhung des Krankengeldes vorsehen konnte.

1) RGB1 I S. 311 Abschnitt 4 Titel 2 Ziff. 14

2) RGB1 I S. 517 Kapitel II Artikel 3 Ziff. 4

3) RGB1 I S. 279 Erster Teil Kapitel IV Krankenfürsorge § 1

3) Einen Übergang von Versorgungslasten auf die Arbeitgeber hat die Reform nicht gebracht.

Dagegen spricht schon die Fassung der Vorschriften, die eindeutig an das Arbeitsentgelt, also an den arbeitsvertraglichen Lohnanspruch anknüpfen. Dagegen spricht auch, daß es bei diesem Lohnanspruch verbleiben soll, und zwar in der gleichen Höhe wie vorher. Eine Versorgungsleistung müßte ja an den Bedürfnissen des Erkrankten orientiert sein, § 616 Abs. 2 BGB gewährt aber nur den Lohn, also die normale Gegenleistung in ihrer festliegenden Höhe ¹⁾. Schließlich spricht gegen den Gedanken Siegs, daß die Reform die Lohnfortzahlung nicht eingeführt hat, sondern sie bereits vorfand ²⁾ und an sie angelehnt ist. Die Pflicht zur Lohnfortzahlung enthält § 616 Abs. 1 BGB nach wie vor. Die Reform hat lediglich eine bereits bestehende Pflicht unabdingbar gestaltet und auch dies nur für den beschränkten Bereich der Angestelltenverhältnisse.

a) Von der bürgerlich rechtlichen Seite her hat die Reform daher nur Bedeutung für den Lohnfortzahlungsanspruch eines Angestellten im Krankheitsfalle. Von der sozialversicherungsrechtlichen Seite aus gesehen ordnete die Reform lediglich das Ruhen von Versorgungsbezügen an, wenn und soweit Arbeitsentgelt fortbezahlt wurde.

Dabei stehen nur Kranken- und Hausgeld auf der einen Seite und Lohnfortzahlung auf der anderen Seite miteinander in Beziehung. Die Ansprüche auf ärztliche Behandlung, auf kleinere Heilmittel und auf Krankenhauspflege ruhen nicht. Insoweit kann jedenfalls von einem Übergang von Versorgungsleistungen, von einer Überbürdung der Versorgungslast nicht die Rede sein ³⁾.

b) Die Bedeutung der Reform des § 189 RVO liegt im übrigen nicht auf der rechtlichen, sondern allein auf der wirtschaftlichen Seite.

- 1) Siebert, Festschrift f. Lehmann S. 683; Mendigo AuR 55/256 Molitor BB 59/921, 923; vgl. im einzelnen Schelp-Trieschmann, Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle S. 85 f, 123 f
- 2) OLG Koblenz VersR 55/300, 301; Siebert a.a.O. S. 675; Taube VersR 56/139; Trieschmann Betr. 55/800; Voss SV 53/38; Hueck Anm. AP Nr. 2 § 616 BGB
- 3) vgl. Herschel Anm. DR 43/447; Staudinger-Mohnen 11. Aufl. Anm. 43 § 616 BGB

Bestand eine Verpflichtung zur Lohnfortzahlung, so konnte der Arbeitgeber vor der Reform die Leistungen der Sozialversicherung nach § 616 Abs. 1 Satz 2 BGB von seiner Leistung abziehen. Diese Anrechnungsmöglichkeit wurde durch § 189 Abs. 1 RVO illusorisch gemacht. Während vorher Arbeitgeber und Krankenkassen gemeinsam leisteten, leistet nunmehr der Arbeitgeber allein. Dabei wird an seiner Lohnfortzahlung von dieser Seite aus gewiß nichts geändert ("wenn und soweit"), sondern nur der Anrechnungsmöglichkeit der wirtschaftliche Sinn genommen. Bei den Reichstagsverhandlungen über § 189 Abs. 1 RVO erklärte deshalb der Abgeordnete Litke ¹⁾, es handle sich klar und deutlich nur um Lohn- oder gehaltspolitische Maßnahmen, die nicht in die RVO gehören.

c) Durch den Verlust der Anrechnungsmöglichkeit scheint der Arbeitgeber nun zumindest wirtschaftlich mit einer Einbuße belastet zu sein, so daß man vielleicht insoweit von einem Übergang von Versorgungsleistungen sprechen könnte. Aber auch wenn man eine Einbuße insoweit unterstellt, dann ist diese durch die Kürzung der Beiträge wieder ausgeglichen.

Die Beitragskürzung ist zwingend vorgesehen; sie ist sogar Voraussetzung für das Ruhen der Ansprüche nach § 189 RVO ²⁾. In der Begründung des Regierungsentwurfs heißt es zu § 189 Abs. 1 RVO: "in dem Ruhen des Anspruchs auf Krankengeld liegt daher keine unbillige Härte. Der Ausgleich kann in der Kürzung der Beiträge gefunden werden." ³⁾. Die Beitragskürzung hatte darüberhinaus nach einem Rundschreiben des Reichsarbeitsministers ⁴⁾ auch den Sinn, als Ausgleich für die Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung zu dienen, die ja zunächst für alle Fälle des § 616 BGB galt.

Die Reform der Jahre 1930/31 kann daher keinesfalls als Regelung angesehen werden, die auch nur wirtschaftlich "auf Kosten" der Arbeitgeber geht ⁵⁾. Umsoweniger

1) Die Reichsversicherung 30/234

2) Brackmann a.a.O. S. 434; Peters a.a.O. S. 182

3) Grieser-Sauerborn-Eckert a.a.O. S. 64

4) v. 9.12.1930 in: Deutsche Krankenkasse 30/Sp. 1527

5) RAG ARS 12/342, 346, 13/ 610, 612 Anm. Dersch; RVA Knoll-Peters Nr. 4299, 4300; RAM RABl 30/IV S. 416; Schmalz NJW 53/446

kann sie eine Verlagerung von Versorgungslasten der Sozialversicherung auf die Arbeitgeber enthalten.

a) Dennoch behauptet Baum ¹⁾, dem Arbeitgeber werde durch die Notverordnungen die "geldliche Fürsorge" für die erkrankten Angestellten wieder auferlegt, nachdem sie ihm im wesentlichen bisher durch die Krankenkassen abgenommen worden sei. Der Arbeitgeber habe zwar den Vorteil ermäßigter Beiträge, er trage aber das Risiko, "daß er den erkrankten Angestellten bezahlen muß, ohne daß ihm dieser als Gegenleistung seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt".

In rechtlicher Beziehung besteht jedoch kein Zusammenhang zwischen Krankenversicherung und der Risikoverteilung nach § 616 BGB. Denn die Krankenversicherung hat auch vor der Reform nicht das Risiko der Lohnfortzahlung getragen, sondern das Risiko des Lohnverlustes. Versichert war ein Risiko des Arbeitnehmers, nämlich seine Lohn-einbuße bei Krankheit. Nicht versichert war das Risiko des Arbeitgebers, den Lohn ohne ausreichende Gegenleistung etwa fortzahlen zu müssen. Dem Grundgedanken nach kann man also nicht sagen, die Sozialversicherung habe ein Risiko des Arbeitgebers zunächst auf sich genommen und durch die Reformen wieder zurückverlagert.

Der Arbeitgeber hat das Risiko der Lohnfortzahlung, soweit § 616 BGB nicht ausgeschlossen war, immer behalten, nur konnte er die Leistungen der Versicherung wertmäßig anrechnen. Dieser wirtschaftliche Vorteil allein ist ihm durch § 189 RVO genommen. Der Verlust wird aber durch den wirtschaftlichen Vorteil der Beitragskürzung im wesentlichen wieder ausgeglichen, wie Baum ¹⁾ selbst zugibt.

4) Die Versorgungstheorie stützt sich schließlich vor allem auf den Zweck der Reformen, der darin bestanden habe, die in finanzielle Not geratenen Kassen zu entlasten. Aus dem Sanierungszweck folge auch die Verlagerung der Versorgungslast auf die Arbeitgeber.

1) Deutsche Krankenkasse 31 Sp. 743

Dieses Argument ist nicht haltbar. Es ist allerdings nicht zu bestreiten, daß die Reformen den Sinn und Zweck hatten, die Krankenkassen zu entlasten ¹⁾. Das heißt aber noch nicht, daß durch die Entlastung die Arbeitgeber belastet wurden. Das Sanierungsargument stellt allein auf den Erfolg der Reformen für die Krankenkassen ab und nicht auch auf die Durchführung dieses Zieles. Es ist aber ein Unterschied zu machen zwischen dem Entlastungserfolg und dem Wege, auf dem er erreicht worden ist.

a) Nach dem Zusammenhang der betroffenen Vorschriften und nach den Gesetzesmaterialien ist der Sanierungszweck nicht im Wege der Übertragung von Lasten angestrebt worden. Dazu bestand nach der damaligen Weltwirtschaftslage auch überhaupt keine Veranlassung. Vielmehr mußte man alles tun, um der deutschen Wirtschaft, also den Arbeitgebern Bewegungsmöglichkeiten zu verschaffen. Die Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt zugunsten der Kassen auch noch mit Versorgungslasten zu beschweren, liegt nicht gerade nahe.

Der Sanierungszweck ist demgemäß auch allein im Sparwege angestrebt worden. Leistungsverpflichtungen, die nicht unbedingt erforderlich, ohne wirklichen Rechtsgrund oder sogar fälschlich eingeführt waren, sollten abgebaut werden. Überflüssige Belastungen waren einzusparen. Auch die Situation der Krankenkassen ist auf dem Hintergrund der Weltwirtschaftskrise in den dreißiger Jahren zu sehen. Das Steueraufkommen reichte nicht aus, das Krankheitsrisiko gestaltete sich ungünstiger, die Ausgaben der Kassen steigerten sich unaufhörlich. Reichsarbeitsminister Stegerwald führte deshalb im Zusammenhang mit den geplanten Reformen aus: " In solcher Situation gibt es keine andere Rettung, als Sparen auf der ganzen Linie" ²⁾. Und in der amtlichen Begründung zu den Notverordnungen heißt es: " Der Drang dieser Umstände und die Gesamtheit der Verhältnisse zwingt zur Prüfung, ob in der Krankenversicherung, ohne Gefahr für ihren Zweck, Sparmaßnahmen möglich sind" ³⁾.

1) Grieser-Sauerborn-Eckert a.a.O. S. 32, 50; Dersch ZRR 35/204, Anm. ARS 13/610, RDA 52/56, BB 52/892; Baum a.a.O.; Richter a.a.O. S. 154; Hueck-Lipperdey a.a.O. I S. 310 Anm. 65; Heinicke NJW 53/1243; Taube VersR 53/92; RAG ARS 39/180; RGHZ 7/30, 41

2) Grieser-Sauerborn-Eckert a.a.O. S. 33

3) Grieser-Sauerborn-Eckert a.a.O. S. 50

b) Eine solche Sparmaßnahme war die Einführung des § 189 RVO. Die Leistungen der Krankenkasse erschienen insoweit überflüssig, als der Arbeitnehmer bereits durch Lohnfortzahlung gesichert war. Man wollte also nicht dem Arbeitgeber die Pflicht der Kassen übertragen; bei den Reichstagsverhandlungen hatte Stegerwald bereits entschieden den Standpunkt abgelehnt: "Heiliger Florian, verschon mein Haus, brenn andere an" ¹⁾.

Also nicht Belastung anderer lag im Sinne des Gesetzgebers, sondern Einsparung da, wo es sinnvoll möglich war.

c) Von der Sozialversicherung aus gesehen war das Ruhen des Krankengeldanspruchs möglich und sogar erforderlich. Die Krankenversicherung umfaßt, wie bereits erwähnt, zwei Risiken, nämlich die Krankheitskosten und die aus der Krankheit folgende Erwerbsminderung. Das Krankengeld insbesondere ist Ersatz für weggefallenen Lohn. Wo aber der Lohn nach bürgerlichem Recht gar nicht wegfällt, ist für das Krankengeld nach der Natur der Sache kein Raum ²⁾. Für ein Eingreifen der Versicherung besteht in den Fällen der Lohnfortzahlung kein Anlaß, nicht etwa, weil der Arbeitgeber an Stelle der Kassen bereits eine Versorgungslast erfüllt, sondern weil der Risikostatbestand fehlt, also kein Schaden, keine Erwerbsminderung eingetreten ist.

d) Wenn durch das Ruhen des Krankengeldes nur überflüssige Leistung eingespart wird, so könnte man nun einwenden, wird der Sparerfolg doch durch die Kürzung der Beiträge wieder hinfällig.

Tatsächlich ist die Beitragskürzung nicht allein aus dem Bestreben gerechtfertigt, den Arbeitgebern einen Ausgleich für die verlorene Anrechnungsmöglichkeit nach § 616 Abs. 1 Satz 2 BGB zu gewähren. Sie ist vielmehr in erster Linie Ausdruck für die Größe des Versicherungswagnisses ³⁾. Je mehr die Lohnfortzahlung in den Vordergrund tritt, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit,

1) Die Reichsversicherung 30/205, 209

2) Amtliche Begründung, Grieser-Sauerborn-Eckert a.a.O.S.64; RAM Bescheid v. 30.10.30, DDLk 30/Sp. 709; Gase ZRR 30/313, 317; Peters a.a.O. S. 179 RVA Knoll-Peters Nr. 4201, 2190; pr. OVG Arb.V 1894/170

3) Peters a.a.O. S. 182; RVA Knoll-Peters Nr. 4300; Erlaß des RAM Die Reichsversicherung 31/182

daß der Versicherungsfall der Erwerbsminderung eintritt. Dabei ist zu beachten, daß sich das Versicherungswagnis nicht vermindert hat, sondern von Anfang an, seit Einführung des § 616 BGB, geringer gewesen ist, als man ursprünglich geglaubt hat. Man hat bei § 616 Abs. 1 Satz 2 BGB das Verhältnis der Lohnfortzahlung nicht genau genug durchdacht. Der Zweck der Krankenversicherung hätte jedenfalls aber bereits damals zu der Regelung der Reform führen müssen. Denn bereits damals trat der Versicherungsfall gar nicht ein, wenn und soweit der Versicherte Arbeitsentgelt erhielt. Die Notverordnungen haben insoweit eigentlich nichts "Neues" geschaffen, keine Versorgungslasten neu verteilt und auch nicht der Lohnfortzahlung einen neuen Sinn gegeben. Durch § 189 Abs. 1 RVO ist nur das Versicherungswagnis richtig festgestellt und demgemäß die Beitragspflicht gekürzt worden.

Ob durch diese Regelung der Sparszweck erreicht worden ist, hängt vom Ausmaß der Beitragskürzung im Verhältnis zum Ausmaß der Leistungsminderung nach § 189 RVO ab. Diese Frage braucht aber in unserem Zusammenhang nicht entschieden zu werden. Denn es genügt, daß die Notverordnungen jedenfalls nur einsparen und nicht andere Träger belasten wollten. Von § 189 RVO aus ist keine Belastung der Arbeitgeber zu erkennen, weil die Ansprüche nur ruhen, "wenn und soweit" Arbeitsentgelt weitergezahlt wird.

5) Von der bürgerlich-rechtlichen Seite her gesehen, ist ebenfalls keine Verlagerung von Versorgungslasten festzustellen. In Frage kommen hier nur der Verlust der Anrechnungsmöglichkeit nach § 616 Abs. 1 Satz 2 BGB und die Unabdingbarkeit des § 616 Abs. 2 BGB.

Die wirtschaftliche Einbuße durch den Verlust der Anrechnung ist durch die Beitragskürzung mit ausgeglichen. Auch inhaltlich geschieht den Arbeitgebern kein Unrecht. Wenn ihnen die Leistungen der Versicherung früher im Ergebnis zugute kamen, so geschah das ihnen gegenüber zu Unrecht. Die Krankenversicherung ist für diesen Zweck nicht da. Es wird also nur etwas genommen, worauf die Arbeitgeber an sich ohnehin keinen Anspruch hatten.

Ferner ist zu berücksichtigen, daß die Anrechnungsmöglichkeit ja nicht zugunsten der Arbeitgeber geschaffen worden ist, sondern zu Ungunsten der Arbeitnehmer. Sie will eine Bereicherung der Arbeitnehmer verhindern, nicht die Arbeitgeber besser stellen. Bei § 63 HGB fehlt sie sogar ganz.

Die Notverordnungen haben daher nur etwas genommen, was dem Arbeitgeber nicht gebührt. Sie haben nichts weiter als einen Fehler im Zusammenspiel der RVO und des BGB ausgeglichen. Vom Übergang einer Versorgungslast kann keine Rede sein.

6) Dies kommt allenfalls für § 616 Abs. 2, dem unabdingbaren Anspruch für Angestellte, in Betracht.

Aber hier ist die Quelle des Anspruchs auf Lohnfortzahlung nicht berührt. Dem Arbeitgeber wird nichts aufgebürdet, was nicht schon aus dem Arbeitsverhältnis heraus gerechtfertigt wäre ¹⁾. Der Anspruch ist im Kern nach § 616 Abs. 1 BGB zu beurteilen, als solcher folgt er aus dem Wesen des Vertrages. § 616 Abs. 2 BGB fügt keinen neuen Anspruch hinzu, sondern verbietet nur den Ausschluß eines bestehenden. Wörtlich lautet die Vorschrift: "Der Anspruch eines Angestellten kann nicht ...".

§ 616 Abs. 2 BGB hatte auch nicht den Belastungszweck, den ihm die Versorgungstheorie unterstellt. Zunächst war ja § 616 schlechthin unabdingbar. Dies hatte seinen Grund aber darin, daß die Arbeitgeber nach Einführung des § 189 Abs. 1 RVO den Versuch machten, sich ihrer vertraglichen Pflichten durch Ausschlußabreden zu entledigen. Die Kassenleistungen kamen ihnen nicht mehr zugute. Trotzdem sie darauf an sich gar keinen Anspruch hatten und sie auf lange Sicht auch durch die Beitragskürzung bevorzugt waren, machte sich die neue Rechtslage im Augenblick natürlich sehr bemerkbar. Sie nützten daher ihre Dispositionsfreiheit aus, um in immer größerem Umfange die Ansprüche nach § 616 Abs. 1 BGB auszuschließen ²⁾. Dieses

1) vgl. Schraeder DDLK 30/Sp. 533; Roesch BfStR (ArbRSozVer) 52/173; Fleischmann VersR 52/214

2) Litke, Die Reichsversicherung 30/234; Dersch ZRR 35/294; Gase ZRR 30/313; Taube VersR 53/93; RAG ARS 39/182

sozial unerwünschte, vielleicht sogar rechtlich nicht einwandfreie Ergebnis wollten die Notverordnungen verhindern. Umgekehrt galt dieser Grund auch für die Arbeitnehmer. Für sie hieß es: "Wer den Anspruch auf Lohn und Gehalt hat, darf nicht zum Schaden der Versicherungsgemeinschaft ohne weiteres darauf verzichten". 1) Deshalb also, und nicht um die Arbeitgeber zu belasten, wurde § 616 BGB unabdingbar gestaltet. Später wurde dies dann auf die Ansprüche der Angestellten begrenzt.

Im Grunde knüpft die Reform der Jahre 1930/31 daher durchaus an die Lohnfortzahlung nach dem Arbeitsvertrag an. Diese wird vorausgesetzt. Eine Verlagerung von Versorgungslasten, oder eine Inhaltsänderung der Lohnfortzahlungspflicht ergibt sich somit auch aus der Entstehungsgeschichte der Verordnungen nicht.

V) Inhaltlich können die Ansprüche des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlung und die Ansprüche auf Leistungen der Sozialversicherung nicht im Sinne Siegs 2) miteinander verglichen werden. Sie stehen nicht in einer Reihe mit den Leistungen anderer Versicherungsträger, der Fürsorgeverbände und des Staates für seine versorgungsbedürftigen Beamten.

1) Allerdings sind die Sozialversicherungsgesetze älter als § 616 BGB. Man kann daher vielleicht auf den Gedanken kommen, der Gesetzgeber habe bei der Schaffung des BGB eine Aufgabe der Versicherung durch § 616 auf die Arbeitgeber übertragen wollen.

Aus den Protokollen zum BGB 3) ergibt sich zu dieser Frage, daß man schon damals das Verhältnis des § 616 zur Sozialversicherung klären mußte. Es war nämlich der

1) vgl. Grieser-Sauerborn-Eckert a.a.O. S. 213

2) JZ 54/338

3) Mugdan-Falkmann S. 899 - 901; vgl. Scheiff a.a.O. S. 5

Antrag gestellt worden, § 616 BGB für die Personen auszuschließen, auf welche sich die gesetzliche Verpflichtung zur Kranken - und Unfallversicherung bezieht. Man fand in § 616 BGB einen Widerspruch zu dem angeblichen Grundgedanken der Arbeiterversicherungsgesetze, nach dem der Nachteil der Arbeitsunfähigkeit nicht vom einzelnen Arbeitgeber, sondern durch besondere, zu diesem Zweck geschaffene Verbände, getragen werden sollte.

Dieser Standpunkt fand indessen keine Mehrheit. Vielmehr hielt man § 616 BGB in vollem Umfange aufrecht aus der Erwägung heraus, die Versicherungsgesetze hätten eine "weitergehende Fürsorge" nicht ausschließen wollen. Hieraus folgt nun, daß man Leistungen der Versicherung und Leistungen des Arbeitgebers unterschieden hat. Der Gesetzgeber ist von zwei verschiedenen Sicherungskreisen ausgegangen. Hätten die Leistungen bei beiden die gleiche Rechtsform gehabt, dann wäre § 616 BGB ja tatsächlich überflüssig gewesen. Jedenfalls hat man den Arbeitgebern nicht eine Aufgabe der Versicherungen überantwortet.

2) Nun scheint das Stichwort "weitergehende Fürsorge" darauf hinzuweisen, daß hier dennoch zwei Träger eine inhaltlich gleichartige Leistung erbringen, nämlich die Kassen eine normale Fürsorge, die Arbeitgeber eine weitergehende Fürsorge. Die in den Notverordnungen von 1930/31 enthaltenen Titelüberschriften "Krankenfürsorge", könnten in derselben Richtung gewertet werden. Ferner könnte man noch einen Schritt weiter rückwärts gehen und vertreten, die Sozialversicherung habe ihrerseits bereits die Arbeitgeber von ihrer vertraglichen Fürsorgepflicht entlastet ¹⁾. Die Versorgungslast habe also zuerst der Arbeitgeber, dann die Versicherung, nach § 616 BGB Arbeitgeber und Versicherung und dann durch § 616 Abs. 2 BGB im Zuge der Reformen wieder der Arbeitgeber getragen.

1) vgl. Taube VersR 56/141; Kleeis a.a.O. S. 19; Baum, Deutsche Krankenkasse 31/Sp. 744; Grell, Der Betriebsinhaberwechsel S. 63

a) Diese Auffassung ist jedoch im Ergebnis nicht haltbar. Die Krankenversicherung versichert nicht den Arbeitgeber gegen die Lasten seiner vertraglichen Fürsorgepflicht. Vielmehr wird der Arbeitnehmer versichert gegen das Risiko von Krankheit und Erwerbsminderung. Die Sozialversicherung nahm dabei nicht dem Arbeitgeber eine Last ab, sondern schützte den Arbeitnehmer so gesehen vor ungenügender Hilfe aus dem Arbeitsvertrag. Das Arbeitsvertragsverhältnis bleibt durch die Einführung der Sozialversicherungsgesetze zunächst unberührt.

Auf der Versicherungsseite wiederum tritt ein rechtlich völlig neuartiges Gebilde auf:

" Die Sozialversicherung vereinigt in sich, wenigstens zum überwiegenden Teile, die frühere arbeitsrechtliche Unterhaltspflicht des Unternehmers, die eigene Vorsorge der Arbeiter und die Fürsorge der öffentlichen Verbände." 1).

Aus dem rechtlich eigenartigen Wesen der Sozialversicherung folgt, daß Arbeitgeber und Krankenkassen nicht inhaltlich gleichartige Leistungen erbringen. Im Arbeitsvertrage stehen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer allein gegenüber. In der Sozialversicherung vereinen sich Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Staat zu rechtlich gesonderten Verbänden. Der sozialrechtliche Anspruch auf Versorgung muß daher vom privatrechtlichen Anspruch auf Lohnfortzahlung unterschieden werden.

b) Ein Blick auf das Wesen der Sozialversicherung ergibt weiter, daß die Sozialgesetzgebung entgegen der oben zitierten Auffassung nicht in erster Linie Fürsorgepflichten des Staates und der Arbeitgeber zusammenfassen wollte. Vielmehr liegt die Bedeutung der Beitragsbeteiligung der Arbeitgeber und Arbeitnehmer eindeutig auf der Lohnseite.

aa) Die Sozialversicherungsgesetze sind auf der Grundlage der sozialpolitisch besonders bedeutsamen Allerhöchsten Botschaft bei Gelegenheit der Eröffnung des Reichstages am 17. November 1881 erwachsen, in der es heißt, daß

1) vgl. Manes-Stein a.a.O. Sp. 1445; Denkschrift des RAM 1926, zit. bei Kleeis a.a.O. S. 19; Rohwer-Kahlmann NJW 60/1641 III

" die Heilung sozialer Schäden nicht ausschließlich im Wege der Repression sozialdemokratischer Ausschreitungen, sondern gleichmäßig auf dem der positiven Förderung des Wohles der Arbeiter" ¹⁾ erfolgen müsse. Nun ist bei den Verhandlungen des Reichstags die Sozialversicherung durchaus noch als staatliche Fürsorge angesehen worden ²⁾. Bismarck hatte ausgeführt, der Staat sei nicht nur eine notwendige, sondern auch eine wohltätige Einrichtung. Bei den neuen Maßnahmen handle es sich "nur um eine Form, welche der staatlichen Armenpflege zugrundeliegt" ³⁾. Eine verbreitete Meinung hat demgemäß auch die Sozialversicherung rechtlich aus der öffentlich-rechtlichen Fürsorge des Staates abgeleitet ⁴⁾.

Dieser Ansicht sind jedoch Kaskel mit seiner Anspruchstheorie ⁵⁾ und Richter mit der Theorie des öffentlichen Gewaltverhältnisses ⁶⁾ gegenübergetreten. Nach den neueren Erkenntnissen der Sozialpolitik und des Sozialrechts ist der Fürsorgegedanke in den Sozialversicherungsgesetzen nicht grundsätzlich enthalten. Heute würde es niemand verstehen, wenn man ihm sagen würde, seine Bezüge aus der Sozialversicherung seien eigentlich Bezüge aus der Armenfürsorge des Staates. Der Arbeitnehmer würde es auch ablehnen, sie in einer Reihe mit den Fürsorgeleistungen des Arbeitgebers zu sehen. Er würde mit Recht auf seine eigene Beteiligung an der Aufbringung der Mittel hinweisen. Hier steht der Gedanke der Selbstverwaltung und der Selbstverantwortung im Vordergrund, der sich mit Fürsorgeelementen schlecht verträgt ⁷⁾.

Das rechtliche Wesen der Sozialversicherung ist wesentlich durch die Selbstbeteiligung geprägt; sie ist nach überwiegender Meinung echte, wenn auch auf staatlicher Anordnung beruhende Versicherung ⁸⁾, organisierte Selbsthilfe, deren Mittel aus dem Arbeitsverdienst stammen ⁹⁾.

1) Reichstagsverhandlungen 1881/82 Bd. 1 S. 1

2) Syrup-Neuloh, Hundert Jahre staatliche Sozialpolitik S.113

3) Syrup-Neuloh a.a.O.

4) Rosin, Festschrift f. Laband II S. 43, Recht d. Arbeiterversorgung S. 255; Übersicht bei Stelzig, Die Rechtsnatur der Sozialversicherung S. 10 ff

5) Kaskel-Sitzler, Grundriß S. 37

6) vgl. Stelzig a.a.O. S. 13

7) BAM Storch BKK 53/3

8) Schmittmann a.a.O. S. 21; Manes-Stein a.a.O. Sp. 923, 1446; Stelzig a.a.O. S. 9; Weissner a.a.O. S. 408; Weddigen HDWB "Sozialversicherung I" S. 595; Bogs, Grundfragen S. 15, Festschrift f. Krohn S. 35; Rohrbeck a.a.O. S. 19; BGH VersR 52/42

9) Manes-Stein a.a.O. Sp. 923

bb) Der Gesichtspunkt der organisierten Selbsthilfe aus Mitteln des Arbeitsverdienstes führt zu dem entscheidenden Gedanken: Die Sozialversicherungsgesetze haben weniger die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers oder die Versorgung Hilfsbedürftiger im Auge. Sie beeinflussen in erster Linie die Lohnseite.

Ein stark diskutiertes Problem bei der Einführung der Gesetze war, ob der Zweck der Versicherung nicht besser durch eine unmittelbare Lohnerhöhung erreicht werde. Dabei ging man davon aus, daß der Lohn für diesen Zweck grundsätzlich ausreichen müsse; die soziale Unterlegenheit der Arbeiter habe zu abweichenden Lohnvereinbarungen geführt. Sache des Staates sei es, für angemessene Löhne zu sorgen ¹⁾. Man faßte also das Anliegen der Kaiserlichen Botschaft, die Heilung sozialer Schäden, mit anderen Worten als ein Problem des gerechten Lohnes auf.

Zu einer direkten Lohnerhöhung konnte man sich jedoch nicht entschließen, weil man mit Recht auf die menschlichen Schwächen der Betroffenen Rücksicht nehmen mußte. In einer Lohnsteigerung lag für viele der sozial noch unaufgeklärten Arbeitnehmer die Versuchung zur hemmungslosen Steigerung der Lebenshaltung ohne Rücksicht auf den Sinn der Lohnvorteile. Aus diesem Grunde unterblieb eine unmittelbare Lohnregulierung ²⁾.

Statt dessen wählte man eine mittelbare Lohnregulierung und zwang Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu Rücklagen in der Form von Beiträgen zur Sozialversicherung.

cc) Die Sozialversicherungsgesetze erscheinen somit als Lohnregulierungsgesetze, als "Mittel staatlicher Lohnkorrektur" ³⁾, als "Mindestlohnregelung" ⁴⁾. Die Beitragspflicht ist die Folge der vom Staate beabsichtigten Lohnkorrektur, die Beiträge selbst sind mindestens wirtschaftlich als Lohnanteile anzusehen, was bereits hervorgehoben wurde ⁵⁾.

1) Syrup-Neuloh a.a.O. S. 118 ff, 161 ff; Schmittmann a.a.O. S. 25; van der Borch, Die soziale Bedeutung der deutschen Arbeiterversicherung S. 15 ff

2) Syrup-Neuloh a.a.O.

3) Degener a.a.O. S. 44

4) Richter a.a.O. S. 3; ebenso: Syrup-Neuloh a.a.O. S. 118; van der Borch a.a.O. S. 16; Weddigen a.a.O. S. 603; Schmittmann a.a.O. S. 25; Rosin, Recht d. Arbeiterversorgung S. 143; Bogs, Gegenwartsfragen a.a.O. S. 154, Rittig das. S. 99

5) vgl. S. 87 Anm. 3

Die Gesetze haben also nicht Versorgungs- oder Fürsorgelasten verteilt, sondern sie haben versucht, die Frage nach dem gerechten Lohn zu beantworten. Sie haben ihr Ziel nicht durch eine dem Arbeitsvertragsverhältnis fremde Belastung angestrebt, sondern durch eine indirekte Korrektur der Arbeit-Entgeltbeziehung. Sie haben diese Korrektur aber durch die Schaffung einer Selbsthilfeorganisation in der Form der Versicherung wieder aus dem Rahmen des Arbeitsvertrages herausgenommen. So vereinen sich in der Sozialversicherung Arbeitgeberleistung, Selbsthilfe der Arbeitnehmer und staatliche Anordnung zu einem eigenen Sicherungskreis.

3) Wenn Sieg eine ganze Reihe von "Versorgungsleistungen" verschiedener Rechtsträger inhaltlich gleichordnet, dann übersieht er auch, daß zur Erfüllung eines Sicherungs- oder Versorgungszweckes rechtlich ganz unterschiedliche Sicherungskreise in Betracht kommen, die ihre rechtliche Eigenart besitzen und nicht ohne weiteres in andere hineinwirken.

a) Vom einzelnen Staatsbürger und auf der anderen Seite vom Staat aus gesehen gibt es eine ganze Stufenfolge von Sicherungssystemen ¹⁾.

Der einzelne sichert sich gegen Risiken zunächst durch Sparen, durch Rücklagen aus seinem Einkommen oder Vermögen für den Notfall. Der nächste Schritt zur Gemeinschaft hin ist die Privatversicherung, eine freiwillige, gemeinschaftliche Selbsthilfe der Versicherten. Der Selbsthilfegedanke besteht hier insofern zu Recht, als die Prämien aller Versicherten wertmäßig die auftretenden Schäden ausgleichen müssen.

Vom Staate aus gesehen wird im Einzelfall öffentliche Fürsorge zur Sicherung des Existenzminimums gewährt. Für ganze Bevölkerungsgruppen ist der Staat zur Versorgung aus dem Sozialprodukt verpflichtet wegen vorausgegangener Opfer der betreffenden Gruppe (z.B. Kriegsoffer).

1) vgl. Bogs, Grundfragen a.a.O. S. 15-34; Rohrbeck, das.S. 19-24; Weisser a.a.O. S. 408; Seidel a.a.O. S. 535; Weddigen a.a.O. S. 595

Zwischen diesen beiden Linien Einzelner-Sparen-Privatversicherung und Staat-Fürsorge-Versorgung steht nun die Sozialversicherung. Sie gehört zur ersten Linie insofern sie Versicherung ist. Die Beteiligten zahlen ihre Beiträge und das Risiko wird auf eine größere Gemeinschaft verteilt. Die Sozialversicherung gehört zur zweiten Linie insoweit der Staat beteiligt ist, entweder durch den Beitrittszwang oder sogar durch Zuschüsse. Die Sozialversicherung beruht also auf dem Prinzip des sozialen Ausgleichs. Es entsteht durch die Beteiligung der einzelnen und des Staates eine überindividuelle Sicherungsgemeinschaft.

b) Diese Sicherungssysteme und ihre Leistungen können nicht beliebig untereinander vertauscht werden, noch sind sie im Sinne Siegs einander gleichgeordnet. Wegen der rechtlichen und sozialen Verschiedenheiten der Systeme würde dies nämlich gegen das Subsidiaritätsprinzip verstoßen.

Alle gesellschaftliche Tätigkeit ist ihrem Wesen nach subsidiär. In der Stufenfolge von gesellschaftlichen Gliedgemeinschaften bis herunter zum einzelnen darf die jeweils übergeordnete Gemeinschaft nur unter der Voraussetzung helfen, daß die untergeordnete Gruppe oder der einzelne nicht in der Lage ist, durch eigene Anstrengung zum Ziele zu kommen. Nur dann ist Hilfe am Platze, wenn eine Last angenommen wird, die dem einzelnen oder der nachgeordneten Gemeinschaft zu schwer ist. Jede Gruppe muß zunächst in ihrem Kreis alle Möglichkeiten erschöpfen. Sonst wäre jede Hilfe nur "Faulbett oder Eselsbrücke" ¹⁾. Umgekehrt ist es die Pflicht der übergeordneten Gemeinschaft, die Erfüllung der Aufgaben, die der kleineren Gemeinschaft von Natur aus selbst zufällt, auch dort zu belassen und nicht unnötig einzugreifen ²⁾.

Was also Aufgabe des einzelnen ist, was er durch Sparen selbst erreichen kann, das soll ihm die staatliche Fürsorge

1) Nell-Breuning, Wirtschaft und Gesellschaft S. 69

2) zum ganzen: Nell-Breuning a.a.O. S. 65 ff; Küchenhoff RDA

nicht abnehmen. Was Aufgabe der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in ihrem Vertragsverhältnis ist, das soll ihnen die Sozialversicherung nicht abnehmen. Umgekehrt soll, was eigene Aufgabe der Sozialversicherung ist, nicht auf andere Träger abgewälzt werden.

Unter diesem Aspekt ist die Sozialversicherung tatsächlich Gegenstand der Kritik gewesen. Man hat ihr vorgeworfen, sie töte die Selbstverantwortung, sie schwäche den Sparsinn und lockere die Familienverbundenheit ¹⁾. Daran ist sicher einiges richtig, was die Erfahrungen mit der Sozialversicherung in manchen merkwürdigen Erscheinungsformen beweist. Aber die Sozialversicherung hat in der beschriebenen Rechtsform ihren gesellschaftlichen Platz. Deshalb muß festgehalten werden, daß ihre Aufgaben nicht mit denen der staatlichen Fürsorge, die sich aus der Armenpflege entwickelt hat (!) und auch nicht mit denen der Arbeitgeber durcheinandergebracht werden dürfen. Eine Abwälzung von Aufgaben der Versicherung auf die Arbeitgeber wäre grundsätzlich als Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip zu werten, wie es in vielen gesetzlichen Bestimmungen auch als Rechtsprinzip in Erscheinung tritt ²⁾.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Lohnfortzahlung nach § 616 BGB zu sehen. Sie gehört nach Ursprung und Inhalt in den Sicherungskreis des Arbeitsvertragsverhältnisses. Die "Last" des § 616 BGB ist dem Arbeitgeber nicht aus dem Sicherungskreis des Staates oder der Sozialversicherung übertragen. Sie entwickelt sich vielmehr als eigenartige Rechtsfolge aus dem Arbeitsvertrage selbst; sie ist nicht Versorgungsleistung, sondern echte, synallagmatisch gebundene Gegenleistung des Arbeitgebers.

1) vgl. Syrup-Neuloh a.a.O. S. 120; Stegerwald, Die Reichsversicherung 30/206

2) vgl. z.B. Art. 28 Abs. 2 GG, §§ 1 Abs. 3, 5 Abs. 3 Satz 1 Gesetz für Jugendwohlfahrt v. 11.8.61 BGBl I S. 1206 und §§ 10, 93 Bundessozialhilfegesetz v. 30.6.61 BGBl I S. 81

D r i t t e r T e i l :

Reformfragen .

A) Vorschläge zur Reform des § 616 BGB.

Die Bestimmungen über die Lohnfortzahlung hat man im allgemeinen nicht für verbesserungsbedürftig gehalten. Aber im Bereich der Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle sind wiederholt Vorschläge zur Reform der Vorschriften gemacht worden. Dabei hat ursprünglich an sich weniger der Gedanke im Vordergrund gestanden, das Gesetz dogmatisch zu verbessern, als vielmehr der Wunsch, die Arbeiter mit den Angestellten (§ 616 Abs. 2 BGB) gleichzustellen ¹⁾.

I) Einem Anliegen der Gewerkschaften entsprechend schlug die SPD Bundestagsfraktion vor, die Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle durch eine Ausdehnung des § 616 Abs. 2 BGB auch auf die Ansprüche der Arbeiter nach § 616 Abs. 1 BGB zu verbessern. Auch der Anspruch eines Arbeiters sollte also auf die Dauer von sechs Wochen im Krankheitsfalle unabdingbar werden ²⁾. Um die besonders für kleinere und mittlere Betriebe sehr beträchtlichen Kosten auszugleichen, war ein Ausgleichsstock vorgeschlagen, zu dem alle betroffenen Arbeitgeber beitragen sollten, um dann im Belastungsfall Ausgleichsleistungen zu erhalten. Wegen der hohen Aufwendungen, die auf jährlich etwa 1,5 Milliarden DM zu Lasten der Arbeitgeber geschätzt wurden und wegen der kostspieligen Einrichtung einer neuen Verwaltung des Ausgleichsstocks hat sich dieser Vorschlag jedoch nicht durchsetzen können.

II) Ein weiterer Vorschlag ging dahin, § 616 Abs. 1 BGB unabdingbar zu gestalten, zugleich aber die Belastung der Arbeitgeber durch Anrechnung von Leistungen der Krankenkassen und durch Beitragsfreistellungen zu verringern. Diesen Vorschlag hat man als "unehrlich" bezeichnet, weil er eine Reform auf der arbeitsrechtlichen

1) vgl. Trieschmann Betr. 57/532; Schelp-Trieschmann, Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle S. 109 ff; vgl. ferner Das Parlament 11. Jahrgang Nr. 25 v. 21.6.1961 (145 und 161. Sitzung des Bundestags vom 31.5.1961)

2) vgl. BT Drucksache Nr. 1704 v. 28.9.55 (2. Wahlperiode)

Seite vortäusche, in Wirklichkeit aber allein zu Lasten der Sozialversicherungsträger gehe.

III) Ein dritter Vorschlag sah die Lösung überhaupt nur auf dieser Seite, und zwar in einer Erhöhung des Krankengeldes. Die Arbeitgeber sollten dann durch erhöhte Beitragspflichten an der besonderen Belastung teilnehmen. Hiergegen wandte man ein, das Prinzip der Versicherung werde verlassen, weil die Beiträge nicht mehr nach dem Versicherungswagnis, sondern nach sozialpolitischen Gesichtspunkten bemessen würden.

IV) Der vierte Vorschlag, die sogenannte "gespaltene Lösung", hat schließlich im Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle vom 26. Juni 1957 (BGBl I S. 649) in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 12.7.1961 (BGBl I S. 913) Ausdruck gefunden. Er beruht ebenfalls auf dem Gedanken des Ausgleichs sozialer Lasten ¹⁾ und verpflichtet die Arbeitgeber zu Zuschüssen zu den Leistungen der Sozialversicherung, die ihrerseits ihre Leistungen verbessert hat.

Das Gesetz erhöht das Krankengeld auf 65 % bis höchstens 75 % des Grundlohns. Bis zu einer Dauer von sechs Wochen hat der Arbeitgeber einen Zuschuß für die Tage zu zahlen, für die der Arbeiter Kranken- oder Hausgeld erhält. Der Zuschuß wird in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen Krankengeld und dem Nettoarbeitsentgelt gezahlt. Voraussetzung ist, daß der Arbeiter mindestens vier Wochen ununterbrochen bei demselben Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat, und daß die Krankheit unverschuldet ist.

¹⁾ vgl. Nikisch, Arbeitsrecht 2. Aufl. II S. 320

B) Das Gesetz vom 26. Juni 1957 im Verhältnis zur Lohnfortzahlung nach § 616 Abs. 1 BGB.

Wenn das Gesetz eine Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle wenigstens zum Teil auch auf der arbeitsrechtlichen Seite gesucht haben soll, dann wird sein Verhältnis zu § 616 Abs. 1 BGB problematisch. Ist in beiden Gesetzen eine Lohnfortzahlung angeordnet, so daß sich eine neuartige Regelung der Lohnfortzahlung überhaupt ergibt, oder handelt es sich um eine gesonderte Belastung der Arbeitgeber, die vielleicht sogar an die Stelle der Regelung im BGB tritt?

I) Es fragt sich also in erster Linie, welchen rechtlichen Charakter die Zuschußzahlung der Arbeitgeber nach dem Gesetz vom 26. Juni 1957 (ArbKrankhG) hat.

1) Teilweise wird angenommen, die Zuschüsse seien arbeitsrechtlich Lohnanteile ¹⁾, zumindest erschienen sie im "arbeitsrechtlichen Gewand" ²⁾. Soweit damit gemeint ist, es handle sich bei den Zuschüssen um echtes Arbeitsentgelt, um die synallagmatisch gebundene Gegenleistung des Arbeitgebers ³⁾, muß diese Auffassung nach der Fassung des Gesetzes auf Bedenken stoßen.

Nach der neuen Fassung des § 189 Abs. 1 Satz 3 RVO gelten nämlich Zuschüsse des Arbeitgebers zum Krankengeld oder Hausgeld ohne Rücksicht auf ihre Höhe nicht als Arbeitsentgelt. Diese Hervorhebung war nützlich, weil nach § 189 Abs. 1 Satz 1 RVO das Krankengeld ruht, wenn und soweit der Versicherte Arbeitsentgelt erhält ⁴⁾. Die Zuschußpflicht ihrerseits besteht nur für die Zeit, in welcher der Versicherte Leistungen aus der Sozialversicherung erhält.

- 1) Schelp RDA 57/245, 249; Schnorr v. Carolsfeld Anm. AP Nr. 4 § 1 ArbKrankhG II, 1; Schelp-Trieschmann a.a.O. S. 26; Schmatz-Fischwasser 3. Aufl. S. 28; Gotzen-Doetsch Anm. 2 § 1 ArbKrankhG m.w.A.
2) Dersch, Betr. 58/516
3) so jedenfalls Schnorr v. Carolsfeld a.a.O.
4) Sie war nicht notwendig, weil Zuschüsse unter 100% des Krankengeldes früher nicht als Entgelt i.S. der RVO galten, vgl. S. 87 Anm. 1; nach der Neuregelung kann das ohnehin nicht der Fall sein, weil nur Zuschüsse in Höhe von 15 bis 40% in Frage kommen; vgl. Trieschmann BB 57/533

Zuschüsse sollen nach der Neufassung des § 160 RVO grundsätzlich nicht als Entgelt angesehen werden. Sie unterliegen demgemäß auch nicht der Beitragspflicht. Allerdings sind sie im Gegensatz zur früheren Rechtslage nunmehr lohnsteuerpflichtig ¹⁾.

Nach dem gesetzlichen Zusammenhang erscheinen die Zuschüsse somit nicht als echtes Arbeitsentgelt. Sie knüpfen, wie der Name schon sagt, an das Krankengeld der Sozialversicherung an. Deren Leistungen stellen das primäre und wesensbestimmende Moment der Neuregelung dar. Die Zuschüsse müssen daher eher als versorgungsrechtliche Belastung, und nicht als Vergütung gewertet werden ²⁾.

2) Damit ist nicht gesagt, daß es dogmatisch unmöglich sei, in den Zuschüssen echte Lohnanteile zu sehen. Aus der für den Arbeitsvertrag typischen Risikoverteilung heraus kann die Gegenleistung ja ohne Beeinträchtigung des synallagma-Gedankens aufrechterhalten werden. Dies braucht aber nicht unbedingt wie bei § 616 BGB in vollem Umfange zu geschehen. Vielmehr kann der Gesetzgeber gewissermaßen auf halbem Wege stehen bleiben und nur einen Teil der Gegenleistung fortbestehen lassen.

Das BAG sieht in den Zuschüssen Leistungen gleicher rechtlicher Natur wie in § 616 BGB. Es will die Zuschüsse deshalb jedenfalls auch nicht als Gegenleistung und echten Lohn auffassen ³⁾. Nach seiner Meinung folgen Zuschuß- und Lohnfortzahlungspflicht beide aus dem personalen Charakter des Arbeitsverhältnisses, näher aus dem Fürsorgegedanken. Dem ist nicht zuzustimmen, soweit die nach § 616 BGB aufrechterhaltene Vergütungspflicht hier als Anspruch aus der Fürsorgepflicht umgedeutet wird. Ob die Zuschußpflicht noch aus dem Fürsorgegedanken erklärt werden kann, oder ob es sich hier schon um eine Art sozialer Abgabe handelt, kann dahingestellt bleiben. Die Formulierung des ArbKrankhG und sein Zusammenhang mit der RVO zeigen, daß die Zuschüsse keinesfalls Arbeitsentgelt sein sollen, daß sie weniger arbeitsrechtlich, als versorgungsrechtlich zu verstehen sind.

1) vgl. Lohnsteuerrichtlinien v. 25.6.57; Schelp RDA 57/245; Schelp-Trieschmann a.a.O.S.387; vielleicht a.A.BAG s.Anm.3. Heute: 2. VO zur Änderung der LStDVO v.28.7.61 BGBl I S. 1108; vgl. Gotzen-Doetsch Anm.28 § 1 a.a.O.
2) Dersch Betr.58/516; Frey BB 57/753; Meyer BetrVerf 58/130
3) BAG GS NW 60/738 = AP Nr.21 § 616 BGB=BB 60/363 unter 1. Abschnitt III des Urteils.

3) Der ursprüngliche Sinn der Reformvorschläge, eine arbeitsrechtliche Verbesserung der Rechtstellung der Arbeiter zu erreichen, ist daher kaum durchgedrungen. Das ArbKrankhG hat eine Verbesserung in erster Linie auf der Seite der Sozialversicherung, weniger auf der arbeitsrechtlichen Ebene gesucht. Dies zeigen schon die unterschiedlichen wirtschaftlichen Belastungen von 130 Millionen auf der Arbeitgeberseite und 450 Millionen DM auf der Versicherungsseite. Mit der Betonung des sozialen Ausgleichs und einer Belastung, die in dieser Form nicht an die Grundprinzipien des Arbeitsvertragsrechts anknüpft, scheint sich eine allgemeine Tendenz anzudeuten. Immer mehr wird von der Privatautonomie weg zu einer objektiven Gestaltung des Sozialrechts gedrängt. Ob der Gesetzgeber damit dem Verfassungsauftrag, der ja den Freiheitsgedanken genauso gut enthält wie den Sozialstaatsgedanken, gerecht wird, erscheint zumindest zweifelhaft.

II) Das auf diesem Hintergrund zu sehende Gesetz hat, wie Dersch ¹⁾ sagt, eine unendliche Reihe von Streitfragen und Schwierigkeiten mit sich gebracht. Die entscheidendste berührt den Bestand der privatrechtlichen Lohnfortzahlung unmittelbar. Es fragt sich nämlich, ob die Lohnfortzahlung weiter gilt, oder ob das ArbKrankhG für den Fall der Leistungsverhinderung eines Arbeiters durch Krankheit oder Unfall an die Stelle des § 616 BGB tritt.

1) Die herrschende Meinung unter Führung des Großen Senats des BAG sieht im ArbKrankhG eine abschließende Regelung, die den Fall der Krankheit und des Unfalls eines Arbeiters aus den Fallgruppen des § 616 BGB herausklammert. Für diese Tatbestände gilt nur noch das neue ArbKrankhG ²⁾, auch wenn § 616 BGB die Arbeiter im Einzelfall günstiger stellen würde.

¹⁾ Betr. 58/516; vgl. Gumpert BB 59/421

²⁾ BAG GS AP Nr. 21 § 616 BGB = NJW 60/738; Hessel, Krankheit im Arbeitsrecht, 2. Aufl. S. 45/46, BB 57/681; Rewolle Betr. 57/166; Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 970; Staudinger-Mohnen Anm. 85 § 616 BGB; Schelp RDA 57/245; Palandt 19. Aufl. Anm. 1 § 616 BGB; Gros, AR Blattei-Krankheit, I DI 3, ee; Bobrowski-Gaul, 3. Aufl. S. 257; Schlessmann, Arbeitsvertrag S. 217; Gotzen-Doetsch Anm. 35 § 1 a.a.O.

Diese Auffassung nimmt es in Kauf, daß Arbeiter, die noch nicht vier Wochen bei demselben Arbeitgeber beschäftigt wären, nach der neuen Regelung schlechter gestellt werden als vorher. Nach § 616 BGB hätten sie grundsätzlich Anspruch auf Lohnfortzahlung gehabt. Nach der Regelung des ArbKrankhG erhalten sie überhaupt keine Leistung des Arbeitgebers, sondern bleiben auf Krankengeld aus der Sozialversicherung angewiesen ¹⁾. Auch kann ein Arbeiter, der nur zwei Tage krank war, für diese Tage keinen Lohn nach § 616 BGB fordern, während auf der anderen Seite das ArbKrankhG erst vom dritten Tage der Krankheit an eingreift (Karenztage).

Die sogenannte modifizierte Auffassung möchte deshalb aus dem Verbesserungszweck des Gesetzes folgern, daß § 616 BGB an sich verdrängt werde, aber nicht in den Fällen, in denen dies eine Verschlechterung der Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle bedeute ²⁾.

Eine dritte Meinung schließlich nimmt an, § 616 BGB gelte neben der Neuregelung fort, wie bisher auch § 616 BGB neben § 63 HGB weitergegolten habe ³⁾. Dieser Auffassung muß im Ergebnis zugestimmt werden, wie Wortlaut, Zweck und Entstehungsgeschichte des ArbKrankhG erweisen.

2) Nach der Neuregelung stehen sich Lohnfortzahlung nach § 616 BGB und Zuschußzahlung nach § 1 ArbKrankhG gegenüber. Aus dem Zusammenhang dieser Vorschriften mit § 189 RVO ergibt sich eine bindende Festlegung der gesetzlichen Konkurrenz.

Auf der privatrechtlichen Seite hat das neue Gesetz keine ausdrücklichen Bestimmungen gebracht. Die Zuschußpflicht dagegen ist in engem Zusammenhang mit der Sozialversicherung zu sehen. Sie setzt den Bezug von Krankengeld voraus. Der Bezug von Krankengeld wiederum setzt voraus, daß der Versicherte keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung hat.

1) Seine insoweit abweichende Meinung hat Hueck in Anm. AP Nr. 21, 22 § 616 BGB jetzt aufgegeben.

2) Schelp-Trieschmann a.a.O. S. 152; Herschel NWB 57/Nr. 31 Fach 26 S. 359, 363; Diekhoff AuR 57/297; Schediwy RDA 58/54

3) BAG 2. Senat NJW 59/1460; Oehmann Betr. 59/860; Schmatz-Fischwasser 3. Aufl. S. 115 ff; Blume a.a.O.S. 138

Daraus ergibt sich, daß im Falle der Lohnfortzahlung nach § 616 BGB das ArbKrankhG gar nicht gelten kann. Das ArbKrankhG fand die Lohnfortzahlungspflicht des BGB bei seiner Einführung schon vor, jedenfalls für die Arbeitsvertragsverhältnisse, in denen § 616 BGB nicht abgedungen war. Vergleicht man nun die Neuregelung im ganzen mit der vorgefundenen Sachlage, dann ergibt sich die beschriebene Rechtsfolge. Wenn und soweit Lohnfortzahlungspflichten bestanden haben, folgt aus § 189 RVO das Ruhen des Anspruchs auf Kranken- oder Hausgeld. Aus dem Ruhen dieses Anspruchs folgt der Ausschluß des ArbKrankhG, denn dieses setzt ja den Bezug von Krankengeld zwingend voraus.

Ist also § 616 BGB abgedungen, dann tritt diese "Kettenreaktion" nicht ein; es gilt nur das ArbKrankhG. Besteht aber eine Lohnfortzahlungspflicht nach § 616 BGB, so ist zunächst Lohn für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit zu zahlen. Nach Ablauf dieser Zeit hat der Arbeiter Anspruch auf Krankengeld nach der RVO. Fällt dieser Zeitpunkt noch in den Zeitraum von sechs Wochen, in dem der Arbeiter nach dem ArbKrankhG Anspruch auf Zuschuß zum Krankengeld hat, dann kann er Krankengeld und Zuschuß verlangen. Fällt die Beendigung der Lohnfortzahlung außerhalb der sechs Wochen, dann kann nur das Krankengeld gefordert werden.

§ 616 BGB und das ArbKrankhG konkurrieren daher kumulativ, wobei dieser Fall nur eintreten kann, wenn § 616 nicht vertraglich ausgeschlossen ist und die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit weniger als sechs Wochen beträgt.

3) Das BAG ¹⁾ begründet seine Ansicht demgegenüber mit dem abschließenden, dem sogenannten "kodifikatorischen" Charakter der Neuregelung.

Das zwei unterschiedliche Regelungen vorliegen, soll auch nicht bestritten werden. Aber das BAG berücksichtigt nicht, daß die Neuregelung an einen vorgefundenen

1) BAG GS AP Nr. 24 § 616 BGB

Tatbestand anknüpft, der nun einmal von § 616 BGB geprägt ist. Wenn die Neuregelung im ganzen, insbesondere in § 189 RVO, der nicht abgeändert, sondern sogar noch näher erläutert wurde, das Nichtbestehen einer Lohnfortzahlung voraussetzt, dann muß die hier vertretene Ansicht die richtige sein.

Das BAG will den Hinweis auf § 189 RVO verwehren, weil zuerst gefragt werden müsse, ob § 616 BGB noch gelte, bevor das Ruhen oder Nichtruhen der Ansprüche nach § 189 RVO geprüft werde. Aber wenn § 616 nach Ansicht des BAG aus anderen Gründen nicht gilt, dann hat § 189 RVO insoweit überhaupt seinen Sinn verloren. Dann muß grundsätzlich volle Krankengeldzahlungspflicht bestehen, eine Forderung, die der Gesetzgeber gerade nicht gezogen hat. Ferner gehört § 189 RVO mit zum Gesamtkomplex der durch die Neuregelung betroffenen und geänderten Vorschriften. Wenn das BAG selbst die beiden Kodifikationssysteme vergleicht, dann muß es auch die dazugehörige Vorschrift des § 189 RVO mitberücksichtigen, weil sie mit zu dem auslegungsbedürftigen Tatbestand im ganzen gehört.

Die neue Regelung setzt im ganzen gesehen das Nichtbestehen eines Lohnfortzahlungsanspruches voraus, ehe sie selbst eingreifen will. Hat es dabei einfach an die schon bestehende Rechtslage angeknüpft, wie sie durch § 616 BGB nach Maßgabe der einzelnen Arbeitsverträge geprägt war, dann hat es die Lohnfortzahlung nicht verdrängt. Hat das Gesetz aber diese bestehende Rechtslage von sich aus neu gestalten und verändern wollen, dann wäre die Ansicht des BAG begründet. Für diesen Gestaltungswillen müssen aber besondere Anhaltspunkte vorhanden sein, nicht umgekehrt, wie das BAG es will, besondere Anhaltspunkte für einen Fortbestand der BGB-Regelung.

4) In diesem Zusammenhang stellt das BAG zunächst ab auf die grundsätzlich unterschiedlichen Regelungsweisen des § 616 BGB und des ArbKrankhG. Diese Verschiedenheit besteht. Sie sagt aber doch noch nichts darüber, daß

die Vorschriften sich ausschließen müssen. Dies käme nur dann in Betracht, wenn Regelungen vorliegen, die sich inhaltlich widersprechen. Das ist aber hier nicht der Fall, vielmehr greifen beide Systeme in der dargelegten Weise reibungslos ineinander über.

Entscheidend will das BAG schließlich die Tatsache verwerten, daß § 616 BGB in § 7 ArbKrankhG nicht ausdrücklich aufrechterhalten werde. Dieser Grund spricht gerade gegen das BAG, weil eben kein besonderer Ausschluß des § 616 BGB vorgesehen ist, und das Gesetz dann stillschweigend vom Fortbestand der bestehenden Ordnung ausgeht. Es ist auch nicht schwer verständlich, wie das BAG meint, daß in § 7 ArbKrankhG nur die Vorschrift des § 4 der Lehrlingsanordnung vom 25.2.1943 (RABl I S. 164) aufrechterhalten wird, die anderen Lohnfortzahlungsvorschriften aber nicht. Denn zunächst handelt es sich bei der angeführten Anordnung um eine Regelung, die der Generalbevollmächtigte für den Arbeitseinsatz getroffen hat, und bei der immerhin Zweifel an der Rechtsgültigkeit bestehen können ¹⁾. Vor allem aber handelt es sich bei der herangezogenen Anordnung nicht um eine Regelung der Lohnfortzahlung, sondern nach deren eigenen Worten nur um Lehrlingsbeihilfen aus dem Erziehungsverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist. All diese Zweifel hat das ArbKrankhG geklärt und somit die Lehrlingsbeihilfe aus dem neu zu regelnden Komplex heraushalten wollen. Bestanden aber besondere Gründe, diese Anordnung vom 25.2.1943 zu behandeln, dann brauchte der Gesetzgeber die Lohnfortzahlungsvorschriften nicht besonders zu erwähnen, wenn er sie als vorgegeben und selbstverständlich fortbestehend ansah.

Auch der weitere Grund des BAG, die Ansprüche aus § 616 BGB und die Zuschüsse seien inhaltlich gleich, ist nach den Ergebnissen dieser Arbeit nicht stichhaltig. Denn wenn es auch möglich ist, daß die Zuschußpflicht aus dem Fürsorgegedanken stammt, dann ist aber jedenfalls die Voraussetzung des BAG nicht gegeben, § 616 BGB enthalte ebenfalls einen Fürsorge- und keinen echten Lohnanspruch.

1) vgl. die VO v. 25.5.1942 RGRl I S. 347; auf dieser Linie liegen auch die Gründe, die zu der Neufassung des § 7 ArbKrankhG durch das Änderungsgesetz v. 12.7.1961 geführt haben, vgl. Gotzen-Doetsch Anm. 1 § 7 a.a.O.

Aus Wortlaut und Zusammenhang der neuen Regelung ergibt sich im Ergebnis kein Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber den § 616 BGB für den Fall der Krankheit eines Arbeiters ausschließen wollte.

5) Dieses Ergebnis bestätigt auch die Entstehungsgeschichte des ArbKrankhG. Bei der zweiten Lesung des Gesetzes im Bundestagsausschuß für Sozialpolitik vom 6.5.1957 ¹⁾ war empfohlen worden, dem § 616 BGB einen neuen Abs. 3 anzufügen, der die Konkurrenzfrage ausdrücklich regeln sollte:

" Wird ein Arbeiter durch Erkrankung an der Dienstleistung verhindert, so bestimmt sich sein Anspruch gegen den Dienstberechtigten nach dem Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle vom .. (RGBI ..).
Absatz 1 ist insoweit nicht anzuwenden".

Hiergegen wurde vorgebracht, die Neuregelung sei gegenüber § 616 BGB lex specialis. Daher erübrige sich eine Regelung der Konkurrenz. Andererseits wurde darauf hingewiesen, man wolle eine günstigere Regelung durch das neue Gesetz nicht ausschließen. Der Vorschlag, der eine Regelung im Sinne der Ausschlußtheorie gebracht hätte, wurde daraufhin nicht weiter verfolgt.

Das BAG folgert daraus, es seien keine Anhaltspunkte für einen Fortbestand des § 616 BGB ersichtlich. Aber gerade umgekehrt hätten die Materialien Anhaltspunkte für einen Ausschluß der Vorschrift erkennen lassen müssen; diese nun in der Entstehungsgeschichte sehen zu wollen, erscheint sehr gewagt. Wenn der Gesetzgeber den Vorschlag im Sinne der Ausschlußtheorie nicht aufgegriffen hat, dann kann daraus nur der Schluß gezogen werden, daß er diese Rechtsfolge gerade nicht gewollt hat.

Auf den Hinweis, das neue Gesetz sei lex specialis, kann es in diesem Zusammenhang nicht ankommen. Denn aus allgemeinen Grundsätzen für den Fall der Gesetzeskonkurrenz von lex specialis und lex generalis ergibt sich

¹⁾ vgl. Schmatz-Fischwasser a.a.O. 3. Aufl.S.117; Schediwy RDA 58/51; BAG GS AP Nr. 21 § 616 BGB unter V.

nicht schon die Rechtsfolge des vorgesehenen Abs. 3, wie man vielleicht im Ausschuß angenommen hat. Vielmehr ist im Einzelfall jeweils gesondert zu untersuchen, welche Konkurrenzform bei zwei konkurrierenden Gesetzen Anwendung findet ¹⁾.

Schließlich ist aber in dieser Frage entscheidend auf den Wortlaut des Gesetzes abzustellen. Dem Gesetzgeber war bekannt, daß ein Ausschluß des § 616 BGB durch die neue Regelung in Frage kam oder eine kumulative Geltung. Zumindest dies ergibt die Entstehungsgeschichte. Waren dem Gesetzgeber jedoch verschiedene mögliche Ergebnisse der Auslegung bekannt, so muß in der dann gewählten Wortfassung eine bindende Entscheidung liegen ²⁾. Diese ergibt hier aber nach dem gesamten Zusammenhang, insbesondere nach § 189 RVO, den Vorrang der Lohnfortzahlung gegenüber der kombinierten Krankengeld- und Zuschußzahlung.

6) Die hier vertretene Konkurrenzform wird auch dem erklärten und allgemein anerkannten Zweck des ArbKrankhG, die wirtschaftliche Sicherung der Arbeiter zu verbessern, am besten gerecht.

Allerdings darf der Verbesserungszweck nicht im Sinne der modifizierten Auffassung verstanden werden. Diese fordert einen Günstigkeitsvergleich und möchte die jeweils günstigere Regelung des ArbKrankhG an die Stelle der Lohnfortzahlung treten lassen. Verbesserung bedeutet aber nicht, dem Arbeiter bestehende Rechte nehmen und ihm neue geben. Eine wirkliche Verbesserung besteht wohl eher darin, den bestehenden Rechten neue hinzuzufügen, die ergänzen und abrunden ³⁾. Angesichts der beschriebenen, für die Arbeiter ungünstigen Folgen der Ausschlußtheorie scheint die kumulative Geltung die Absicht des Gesetzgebers besonders gut zu erfüllen, weil das neue Gesetz dann ergänzt und Lücken füllt, anstatt durch eine gänzlich neue Regelung im Sinne der Ausschlußtheorie neue Lücken zu reißen.

- 1) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. 15. Bearb.S.349; Lehmann, Allg. Teil S. 60 "Schediwy RDA 58/51; Diekhoff AuR 57/297; BAG GS a.a.O.; BAG NJW 59/1460
- 2) vgl. Siebert, Die Methode der Gesetzesauslegung S. 39; auch die Neufassung vom 12.7.61 hat keine Änderung in dogmatischer Hinsicht gebracht, sondern nur eine Erhöhung der Bezüge. Obwohl dem Gesetzgeber die Kontroverse bekannt war, hat er aber an der alten Wortfassung festgehalten.
- 3) vgl. Oehmann, Betr. 59/860

Das BAG hebt in diesem Zusammenhang hervor, die neue Regelung sei auch im Sinne der Ausschlußtheorie im ganzen günstiger. § 616 BGB sei abdingbar gewesen. In der Mehrzahl aller Fälle sei er praktisch gar nicht zum Zuge gekommen. Demgegenüber bringe das ArbKrankhG eine zwingende Zuschußpflicht und eine Erhöhung des Krankengeldes, wodurch einzelne Nachteile wieder ausgeglichen würden.

Dieser Gedankengang ist im Ansatzpunkt nicht richtig. Zu vergleichen ist hier nur Gesetz mit Gesetz, § 616 BGB mit dem ArbKrankhG. Das BAG vergleicht aber das ArbKrankhG nicht mit dem rechtswirksamen § 616 BGB, sondern mit dem vertraglich ausgeschlossenen Gesetz, also letztlich mit den Abreden der Vertragspartner. Daß die Neuregelung eine Verbesserung in den Fällen bringt, in denen § 616 BGB ausgeschlossen ist, ist gar nicht streitig. In diesen Fällen tritt eine Konkurrenz sowieso nicht auf. Ist aber mangels anderweitiger Vereinbarungen das Gesetz, § 616 BGB zum Gegenstand der vertraglichen Rechte und Pflichten geworden, dann bringt die Neuregelung den Arbeitern eine Verschlechterung ihrer Sicherung, wenn sie die Lohnfortzahlung verdrängt. Das wird auch durch eine Erhöhung des Krankengeldes nicht wieder ausgeglichen, denn im Falle einer zweitägigen Krankheit erhält der Arbeiter, ganz im Gegensatz zum Grundgedanken der beiden Gesetze, nach der Ausschlußtheorie überhaupt keine Sicherung, weder die Lohnfortzahlung noch ein Krankengeld.

Das BAG sagt deshalb wohl auch ausdrücklich, es habe dem Gesetzgeber eben frei gestanden, auch eine ungünstigere Regelung anzuordnen. Das mag richtig sein, aber wenn der Gesetzgeber hier ohne Zweifel eine Verbesserung der Sicherung der Arbeiter gewollt hat, dann kann man nicht durch eine dazu noch zweifelhafte Auslegung (!) des Gesetzes zu einer Verschlechterung kommen.

7) Das BAG zieht sich schließlich auf die "letzten die Rechtsordnung tragenden Prinzipien und Wertgedanken" zurück.

a) Die Ausschlußtheorie hatte behauptet, sie biete den Vorzug größerer Praktikabilität ¹⁾, bei kumulativer Geltung müsse in jedem Falle erst gerichtlich festgestellt werden, welche Regelung günstiger sei ²⁾. Demgegenüber kommt aber ein Günstigkeitsvergleich bei kumulativer Geltung nicht in Betracht ³⁾, und diese Form der Konkurrenz bietet auch keine größeren Schwierigkeiten als der Rechtszustand in den Jahrzehnten zuvor. Entweder gilt das Lohnfortzahlungsprinzip oder es gilt nicht. Ist § 616 BGB vertraglich ausgeschlossen, dann gilt nur das Zuschußprinzip. Hat § 616 BGB Bestand, dann wird zunächst Lohn gezahlt, wie es immer schon der Fall gewesen ist; erst dann kommt die Zuschußregelung zum Zuge, wie auch früher die Sozialversicherung nach § 189 RVO erst eingriff, wenn die Lohnfortzahlung beendet war.

b) Das BAG sieht nun eine Rechtsunsicherheit darin, daß eine Lohnfortzahlungspflicht nach § 616 BGB nur bei einer verhältnismäßig unerheblichen Krankheitsdauer feststehe. Die Dauer der Krankheit sei aber bei Beginn überhaupt noch nicht abzusehen. Daher müßten bei Fortgeltung des § 616 BGB zunächst immer Zweifel bestehen, ob Lohnfortzahlung oder Zuschußregelung in Betracht kämen.

Dieser Gedankengang beruht aber auf dem Beschluß des Großen Senats vom gleichen Tage, nach dem grundsätzlich für eine erhebliche Krankheitsdauer kein Lohn weiterzuzahlen ist, auch nicht für einen ersten, für sich gesehen nicht erheblichen Zeitraum. Dieser Voraussetzung kann jedoch nicht zugestimmt werden ⁴⁾. Vielmehr ist nach § 616 BGB dem Grundgedanken entsprechend Lohn grundsätzlich fortzuzahlen, und zwar für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. Daher steht von vornherein fest, ob der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung überhaupt verpflichtet ist. Dies richtet sich allein danach, ob § 616 BGB abgedungen ist oder nicht.

1) Hessel a.a.O. S. 45,46; BAG GS a.a.O.; a.A. Schediwy RDA 58/51

2) Hessel a.a.O. S. 45,46

3) Frey BB 57/753, er kommt nur in Betracht bei tariflicher Abdingung. Dann kann sich nach Hiersemann, RDA 58/210, jeder Kollisionsfall zu einer kleinen Doktorarbeit auswirken. Vgl. aber Schlessmann Betr. 58/109; BAG GS a.a.O., BAG NJW 59/1461

4) Hauptteil II B S. 43

Im übrigen müßte die behauptete Unsicherheit ja in allen Fällen des § 616 BGB auftreten. Das ArbKrankhG bringt insoweit nichts Neues. Auch früher wäre ja dann fraglich gewesen, ob Lohn zu zahlen war und ob der Anspruch auf Kranken- oder Hausgeld nach § 189 RVO ruhen sollte oder nicht.

Derartige Zweifel sind aber niemals zu Lasten der Versicherten gegangen, weil die Krankenkassen in derartigen Fällen verpflichtet sind, vorschußweise einzuspringen ¹⁾.

c) Das BAG hat seine Lösung deshalb bevorzugt, weil sie eine klarere Rechtslage bietet. Das ist tatsächlich der Fall, wie bei allen radikalen Lösungen.

Hier muß dem BAG jedoch entgegengehalten werden, daß es sich insoweit nicht mehr um Gesetzesauslegung nach den klassischen Prinzipien handeln kann, sondern um Rechtsfindung ²⁾. Das BAG hat bewußt und ausdrücklich auf den Wert des Ergebnisses abgestellt und somit seine Wertung an die Stelle der Wertung durch den Gesetzgeber gesetzt. Das aber ist bei einem neuen Gesetz im Hinblick auf das Prinzip der Gewaltentrennung gefährlich.

Hinter dem Wortlaut des Gesetzes muß die Rechtsfindung oder Rechtsfortbildung zurücktreten, vor allem bei neueren Gesetzen, weil dann eine Gesetzeslücke weniger wahrscheinlich ist ³⁾. Das BAG geht auch von einem anderen Wertungsplan aus, als der Gesetzgeber. Das ArbKrankhG wollte eine Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle bringen. Das BAG wertet nicht so, sondern führt andere Werte ein, die Rechtssicherheit, den Rechtsfrieden, die Rechtsklarheit. Diese aber nützen, wie gesagt, weniger dem Arbeiter, sondern den Kassen und den Arbeitgebern, also den Stellen, die die Bezüge berechnen und auszahlen. Um diesen Stellen zu helfen, nimmt das BAG eine Verschlechterung der Sicherung der Arbeiter in mehreren Punkten in Kauf.

1) vgl. RVA Knoll-Peters Nr. 4299; Schediwy RDA 58/51

2) vgl. hierzu Lehmann, Allg. Teil S. 62 oben

3) so auch das BAG in AP Nr. 2 § 11 KSchG

8) . Nach allem konkurrieren das ArbKrankhG und § 616 BGB kumulativ. Die Neuregelung findet nur dann Anwendung, wenn die Lohnfortzahlung vertraglich ausgeschlossen ist oder schon in dem Zeitraum endet, in dem der Arbeiter Anspruch auf Zuschuß zum Krankengeld hat.

Diese Regelung bringt eine wirkliche Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle. Der Arbeiter behält seine bestehenden Ansprüche auf Fortzahlung des vollen Lohnes. Wo dieser Anspruch nicht besteht, und nur dort, gibt das neue Gesetz ihm einen Anspruch auf Zuschuß zum Kranken- oder Hausgeld bis zur Höhe des Nettoarbeitsentgelts für die Dauer von sechs Wochen.

C Verbesserung der arbeitsrechtlichen Rechtstellung
 der Arbeiter.

Eine arbeitsrechtliche Verbesserung hat das ArbKrankhG nicht gebracht, sondern eher eine sozialrechtliche Belastung der Arbeitgeber und eine wirtschaftliche Besserstellung der Arbeiter. Eine Verbesserung auf der Lohnseite, eine Reform der Lohnfortzahlung steht noch aus.

I) Diese wäre auf der Seite der Sozialversicherung nicht zu rechtfertigen. Die Sozialversicherung setzt die Lohnfortzahlung voraus und knüpft an sie subsidiär an. Eine Verbesserung der Rechtstellung der Arbeitnehmer würde nicht in dem dazu praedestinierten eigenen Rechtskreis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschaffen. Vielmehr würden größeren Gemeinschaften Aufgaben zufallen, die ihnen nach der Natur der Sache nicht primär zukommen.

Auch die gespaltene Lösung geht an dem berechtigten Anliegen der Arbeitnehmer vorbei. Sie bleibt ihrem rechtlichen Wesen nach weitgehend unklar und muß sich teilweise den Vorwurf unbegründeter, wirtschaftlicher Belastung gefallen lassen.

Die soziologisch und rechtsdogmatisch einwandfreie Lösung muß vielmehr auf der Lohnfortzahlungsseite gesucht werden. Eine Verbesserung der Lohnfortzahlung entspricht dem Wesen des Arbeitsvertrages am besten. Sie bleibt im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips und fördert den Gedanken einer wesensgemäßen, gesellschaftlichen Gliederung, ohne den ein Ausgleich sozialer Lasten immer ein Fremdkörper bleiben müßte. Sie gibt schließlich dem Arbeiter eine bessere Anerkennung seiner Rechtstellung, seiner Arbeitsleistung im Arbeitsvertrag und damit seiner Persönlichkeit. Der Arbeiter will nicht auf außerordentliche Leistungen des Arbeitgebers angewiesen sein, mag man sie Fürsorge-

oder Versorgungslasten nennen. Mit Recht hat Siebert ¹⁾ immer wieder vor einem karitativen Element der Fürsorgepflicht gewarnt. Dieses Unbehagen bei der Begründung von Ansprüchen aus der Fürsorgepflicht hat seinen tieferen Grund. Der arbeitende Mensch will seinen Lohn verdienen. Für unvermeidliche, geringfügige Verhinderungen will er möglichst auch aus dem Ergebnis seiner Arbeitsleistung heraus gesichert sein.

Umgekehrt ist dem Arbeitgeber nicht mit einer schematischen Überbürdung von Versorgungslasten gedient. Er verlangt vielmehr mit Recht eine Begründung wirtschaftlich empfindlicher Lasten aus seiner Rechtsbeziehung mit dem Arbeiter heraus. Hier steht die wirtschaftliche Austauschbeziehung von Arbeit und Lohn im Vordergrund, und deshalb muß hier zuerst eine Verbesserung der Rechtstellung der Arbeiter gesucht werden, wenn sie berechtigt ist.

II) Der Vorschlag, § 616 Abs. 1 BGB für den Krankheitsfall auf die Dauer von sechs Wochen unabdingbar zu gestalten, setzt also an der richtigen Stelle an.

1) Die Einwände gegen ihn sind bezeichnenderweise auch lediglich wirtschaftlicher Art. Der Vorschlag leidet an dem Mangel einer schematischen Gleichstellung von § 616 Abs. 1 und Abs. 2. Man kann auch nicht Arbeiter und Angestellte ohne weiteres in jeder Hinsicht gleichstellen. Der Vorschlag scheitert ferner an der Frage des Maßes. Bei § 616 BGB konkurrieren ja das Prinzip der wesensgemäßen Wertung der Arbeitsleistung mit dem Prinzip der Selbstverantwortung und dem Äquivalenzprinzip. Durch eine generelle Anordnung der Lohnfortzahlung für sechs Wochen ist der Ausgleich dieser widerstreitenden Prinzipien gestört. Hierauf weist auch die geschätzte Belastung der Arbeitgeber für diese Lösung von 1,5 Milliarden DM im Jahr hin. Man kann wohl nicht für jedes Arbeitsverhältnis sagen, eine Zeit von sechs Wochen sei verhältnismäßig nicht erheblich im Sinne des § 616 BGB.

1) RDA 58/366; 56/13

2) Der Weg zu einer Reform der Lohnfortzahlung kann daher nur in der Weise angemessen erfolgen, daß man § 616 Abs. 1 zumindest für den Krankheitsfall unabdingbar gestaltet, ohne die Dauer der Lohnfortzahlung schematisch festzulegen. Dieser Rechtszustand hat ja teilweise nach der Notverordnung vom 1.12.1930 (RGBl I S. 517) schon einmal bestanden.

Eine schlichte Unabdingbarkeit wäre dem Wesen des Arbeitsvertrages unter Berücksichtigung der bei der Lohnfortzahlung entwickelten, maßgeblichen Prinzipien angemessen. Sie ist angemessen und tragbar, weil sie keine schematische Belastung bringt, sondern auf dem Wege über die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit auf den einzelnen Vertrag abstellt.

Dieser Weg ist auch nicht unpraktisch, etwa weil in jedem einzelnen Falle festgestellt werden müßte, wie lange Lohn fortzuzahlen ist ¹⁾. Ein etwaiger Streit über diese Frage würde sich nicht zu Lasten der Arbeitnehmer auswirken, weil die Krankenkassen zunächst vorschießen müssen ²⁾. Erst im Regreßverfahren der Kassen gegen die Arbeitgeber wird der Streit praktisch. In jedem Falle aber wird sich schnell eine Norm für die im Einzelfall nicht erhebliche Unterbrechung bilden. Zu vergleichen ist ja in erster Linie die Gesamtdauer der Arbeitsleistung mit der Dauer der Verhinderung. Hier ist es die Aufgabe der Rechtsprechung, Richtlinien zu entwickeln. Sie hat auch bisher schon in dieser Weise gewirkt ³⁾. So dürfte sich vielleicht ein Staffelsystem entwickeln, wie es zum Beispiel schon in § 12 Abs. 1 TO.A und § 15 TO.B verankert ist ⁴⁾.

-
- 1) vgl. DVZ 58/81 ohne Verfasser; im Gegenteil ist die heutige Regelung unübersichtlich: Gumpert BB 59/421
2) RVA Knoll-Peters Nr. 4299 (s.O.)
3) vgl. Hueck-Nipperdey a.a.O. I S. 306; Nikisch a.a.O. 2. Aufl. I S. 507
4) TO.A vom 1.4.38 i.d.F. vom 1.11.43 RABl IV S. 838
TO.B vom 1.4.38 i.d.F. des Tarifvertrages vom 19.7.57 Ministerialblatt des BFM 57/915

Lebenslauf !

Am 28. März 1933 wurde ich als Sohn des Rechtsanwaltes (heute Oberfinanzrat i.R.) Dr.jur.Berthold Schwegmann und seiner Ehefrau Charlotte geb.Schimming in Berlin-Dahlem geboren.Meine Staatsangehörigkeit ist deutsch. Nach Besuch der 6.Volksschule in Berlin-Schöneberg, der Hindenburgschule in Ortelsburg/Ostpr.,der Staatl. Oberschule für Jungen in Vechta (Oldb.) und der Hindenburgschule,Staatl.Oberschule für Jungen zu Oldenburg (Oldb.) erlangte ich am 27.2.1952 das Zeugnis der Reife.Ich studierte Rechts-und Staatswissenschaften an der Westfälischen Landesuniversität Münster vom 3.5.1952 bis 23.2.1955 und an der Georg August Universität Göttingen vom 26.4.1955 bis 15.6.1956.Vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Oldenburg (Oldb.) bestand ich am 9.Juni 1956 die erste juristische Staatsprüfung, vor dem Niedersächs.Prüfungsamt für die große juristische Staatsprüfung bei dem Niedersächs. Ministerium der Justiz Hannover am 23.März 1961 die große juristische Staatsprüfung.Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 19.Mai 1962 ab.

